



DEYCRIT *sur* Repositorio

Esta edición fue compartida por Zula y Díaz, directora de Utopía y Praxis Latinoamericana, para ser difundida a través de Deycrit-Sur Repositorio. Deycrit-Sur no posee ningún derecho sobre esta obra a excepción de la difusión de la misma. Si utiliza este material debe citar a sus autores/as y a la revista. Está estrictamente prohibido el uso comercial.

Puede acceder a toda la colección en la dirección:
<http://www.deycrit-sur.com/repositorio/archivoutopraxis.html>

Presentación

Luigi di Santo

El largo camino hacia la humanización del Derecho

Desde siempre, el intento de reconstrucción histórica y teórica del debate secular sobre la naturaleza del tiempo y de su incidencia sobre los equilibrios sociales, ha influido de modo particular sobre las dinámicas generadoras del derecho. En el curso de esa investigación, el cuadro que comienza a delinearse, asume una constante y explícita diferenciación entre el surgir de una visión del tiempo con relación a la conciencia y la proposición de un tiempo ligado a la medida de la ciencia.

Un tiempo para la conciencia y un tiempo para la ciencia. Un tiempo pático y un tiempo gnósico. Numerosas son las fórmulas utilizadas por los pensadores involucrados, para responder a la pregunta más interrogante: ¿qué cosa es el tiempo?

Pero ya desde la antigüedad, la consideración más espontánea se traduce en enlazar al tiempo a otros rasgos conceptuales, a los fines de definirlo de forma más comprensible, para evitar la fugacidad que lo ha siempre caracterizado.

Entonces, tiempo circular, tiempo del movimiento, imagen móvil de la eternidad en la necesaria exigencia de dimensionarlo, “de hacerlo comprensible, quizás de dominarlo para no ser dominado por la angustia de su ineludible recorrido”. Pero no bastaba. La medida del tiempo no podía ser confinada en cantidad, pues se advertía que la conciencia transmite la obra coordinadora de la memoria.

Aristóteles hablará de estructura temporal del alma, en tal sentido, es no confiarse a la naturaleza, al carácter cíclico de las cosas que regresan a un movimiento que detiene al hombre en la espera de un tiempo, del cual se reconoce en momentos, lo cual significa pasar de la seguridad de la finitud a la incertidumbre de la responsabilidad individual. Del tiempo circular al tiempo lineal. Las particularidades temporales no se recomponen en el círculo de la armonía, sino que se imponen a las percepciones individuales del individuo. Ello significa que el hombre se reapropia de su sentido existencial, pero del mismo modo teme el significado. Pensar el tiempo como creación divina, ponerse en el camino de la verdad y de la gracia, responde a la búsqueda de un nivel ontológico, donde el hombre descubre los fines de su ser a lo largo de su existencia. Pero la inextinguible exigencia de seguridad, por un lado, la naciente voluntad de reapropiación de la propia identidad por el otro, lleva al hombre a una condición de inquietud que podría ser superada solo con la afirmación de la responsabilidad de cada individuo particular, frente a un modo general para edificar a su propia imagen, el renacimiento del hombre, la constante e indefectible práctica de fe en el desarrollo de su pensamiento, en hacer de su universo terrenal como el celestial, observable en su totalidad.

El tiempo se matematiza, se transforma y es medible como cualquier otra cosa en la naturaleza. Pero ¿cómo se mide el tiempo? A través de las abstracciones de la mente, el tiempo del conocimiento puro asume su connotación gnósica, perdiendo todo contacto con el hecho de la conciencia, toda vez que el tiempo coincide perfectamente con la mente, si conoce el inicio y el fin. Si determina, en esta dirección la temporalización de la razón y luego delimitado de la mente, de la naturaleza o de un simple reloj. Entre el 800 y el 900 el tiempo se transforma necesariamente en algo mecánico. Sufrir una aceleración nunca antes vista. No hay otro tiempo sino el que se relaciona con la nueva divinidad de la velocidad hija de la energía cautiva de los hombres, en la actualidad nuevos prometeos. La física comprende que también el tiempo necesita de su propio espacio. La dimensión espacio-temporal absolutiza el pensamiento. Todo se transforma objeto de la ciencia. Hasta Bergson se refugia en la duración casi contra la determinación científica, pero débilmente. La duración es pura como la ciencia y no rescata la conciencia replegada en cualquier ángulo de lo vivido, con la fenomenología el tiempo retorna al centro de la filosofía, rescatándolo de la perspectiva cientista. En Husserl, tiempo y conciencia están indisolublemente entrelazados, a través de la memoria el tiempo de la vida se prolonga en el tiempo del modo. Pero es con Heidegger que el análisis fenomenológico encuentra sus temas existenciales. El ser constituido radicalmente por la temporalidad se encuentra en el mundo, con su cuerpo que pretende “cuidado”, con su lenguaje y con su historia en particular. Tiempo gnósico y tiempo pático se encuentran y se distancian en el curso de los siglos según la capacidad de los hombres para manifestar, las instancias de participación social, de volver a reflejarse sobre el sentido y de entender las leyes del mundo. En fin, detrás del tiempo gnósico, y el tiempo pático, se per-

sonifican el yo gnósico y el yo pático, en la búsqueda continua de un equilibrio entre conocimiento y conciencia. El derecho como producto cultural, tanto sobre el plano epistemológico, como en el plano metodológico, sigue las corrientes de pensamiento que atraviesan a Occidente. Sin lugar a dudas, en la relación entre derecho y tiempo, gran incidencia ha tenido todavía la comprensión de la temporalidad, bajo el aspecto filosófico.

El universo jurídico, en la interpretación de la temporalidad pática, se define como el espacio del *cum-sentire*, origen de toda práctica intersubjetiva. La memoria, la conciencia, la experiencia y la justicia entran en juego a través de una hermenéutica de la temporalidad pática, en la medida en la cual el derecho no se limita sólo a ser normación- dato. El sentido existencial del jurídico no es calculable en cuanto al plus de sentido que él manifiesta, puede ser comprendido en la profundidad de su constituirse.

Cierto, la praxis jurídica se ha hecho técnica y sería impensable no tener en cuenta. Pero el conocimiento jurídico mira a lo general, al hombre sin rostro. El “que” de la relación se pierde en el flujo del tiempo gnósico, abstracto, puro, a-subjetivo. La filosofía del derecho italiana, después de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, ha aportado mucho sobre este aspecto. El contexto de la “segunda vida” de las instituciones. La existencia humana frente a la temporalidad se completa en el coexistir a través del *medium* jurídico. Bagolini, Opocher, Cotta, no por azar, todos profundamente religiosos, en la reflexión sobre el universo jurídico, diferencian el tiempo – medida del tiempo de la conciencia, cada uno a través de su propio sistema filosófico. Ellos invocan los grandes pensadores de la temporalidad, desde San Agustín a Bergson, hasta Husserl y Heidegger, en una suerte de hilo conductor nunca interrumpido, donde el derecho y sus filósofos, se interesan en pensar la visión de una temporalidad pática contra los peligros de la formulación científica de lo normativo, destinado a ocupar un espacio funcional a la técnica y al mercado siempre más imperativo. El derecho en el tiempo y el tiempo en el derecho son vertientes co-esenciales. El filósofo y el jurista se interrogan sobre esta relación para reencontrar el sentido del derecho en la vida y la regla de la vida en el derecho. Las dimensiones temporales del derecho, para decirlo con Gerhart, Husserl, signan los momentos de la praxis jurídica en cuanto la sensibilidad temporal del derecho se refleja en la conciencia de cada hombre y direcciona su hacer. Entonces, vale mucho más para los hombres del *quehacer* jurídico. En el proceso, nos recuerda Capograssi, el juez responde a su propia conciencia, a través de la *sententia animi*, de la cual es portador. Es en la dimensión espacio-temporal del proceso donde se encuentran el tiempo gnósico y el tiempo pático. El primero, que vive en los esquemas del conocimiento posible de la ciencia jurídica, de la forma establecida de las cosas del derecho; el segundo en la conciencia del juez, que con su actividad creativa, hace de ese proceso el reino de las “tonalidades emotivas”, porque como escribe Punzi, juzgar no es solo decidir ni penalizar sino conducir al hombre – que debe juzgar o ser juzgado, sobre la vía de la interrogación y de la responsabilidad.

La tesis hasta aquí presentada, parece tener confirmación.

El universo jurídico con su ser diferente de la moral, de la política, logra tener en conjunto la necesidad del tiempo gnósico, con la posibilidad del tiempo pático. Es el derecho, entre la palabra y el hacer. Entre el logos y la praxis, pero en el tiempo de lo global, la potencia evocativa del jurídico entra en crisis. Con la facticidad ganadora de lo económico, el hacer se transforma en unidireccional y la palabra en monólogo. El derecho no logra ser más que un terreno de síntesis. Retorna la dicotomía del tiempo gnósico y del tiempo pático.

A la temporalidad circular de la comunicación, se sustituye la temporalidad lineal del consumo, una temporalidad de lo útil, puntística. En consecuencia, se vislumbra en el horizonte un derecho sin memoria pero alimentado por las memorias repetidas sin posibilidad de recuperar el sentido. En aquel proceso, que es la globalización, el derecho se encuentra y es una cosa entre las otras. Se instaura la serialidad sistémica donde la persona no encuentra su lugar. Esto vale más para lo jurídico. En tal sentido, el derecho reclama el concepto de expectativa, en cuanto que el tiempo está en la base de la construcción del sistema de derecho, dado que éste actúa de sedante de las expectativas. El concepto de temporalidad tiene su relevancia sólo en cuanto que sucesión cronológica y no en la cualidad del sentido dado a tal sucesión. Pero si asumimos el tiempo como *novum*, éste se sustrae a la previsibilidad, dado que el tiempo se transforma en espacio previsible. Por consiguiente, la subjetividad es tanto una instancia que prevé como instancia que se sustrae a la previsión. El derecho se encuentra frente a tal paradoja.

Por un lado, debería gobernar el tiempo y el sujeto en cuanto previsible, por el otro, el tiempo está sujeto a la imprevisibilidad y se sustrae a la previsión.

En este punto, se plantea el problema de la certeza del derecho, en cuanto valor que asiste a la norma abstracta, general y estable (que no cambia).

¿Es posible hoy, en el cambio estructural (se entiende estructural en el sentido del cambio) de las cosas tener una norma abstracta, general y estable?

La certeza del derecho queda cuestionada por el hecho de que nacen nuevas situaciones imprevisibles (pienso a la bioética, a las técnicas de todo tipo), o por la imposibilidad de la normatividad de la técnica o la técnica que impone su derecho. Pienso en el principio de precaución, como grado de medida de la complejidad que va más allá del principio de prevención estableciendo la inversión de la carga de la prueba.

La reflexión sobre la previsión nos conduce directamente a las cuestiones de la temporalidad, a la distinción entre tiempo objetivado y tiempo vivido. La duración que involucra la conciencia y el flujo. En tal sentido, entender el no funcional significa reflexionar sobre la complejidad como "ambiente de cultivo de la cultura". En el tiempo exterior, escribe Bergson, -hay solamente aquello que no dura, es decir, el espacio en el cual se alinea la simultaneidad. Mientras el espacio es algo exterior a la conciencia, la duración se identifica con esta última; la duración no viene medida sino percibida, vivida a nivel del yo interior, aquel que siente y se apasiona, que delibera y decide. Pero es la "conciencia metatemporal" que, con su presencia, dimensionará el tiempo, sin correr más el riesgo de perderse en el flujo al que el hombre habría dado sólo una pureza privada de sustancia. El tiempo vivido es el tiempo de la subjetividad. El tiempo objetivado es el tiempo de la cuarta dimensión. El primero se sustrae a la normatividad omniprevisiva, en cuanto éste no se objetiviza. La misma subjetividad puede ser entendida como vivida y objetivada. Esta, en cuanto objetiva, es definible como gobierno (individuo serial) pero en su ser vivido no puede ser plenamente objetivada. La unicidad de lo vivido, sobre el plano jurídico, va en dirección del custodiar una instancia coercible, para decirlo con Radbruch, de justicia, que excede cualquier forma conceptualmente definida. La subjetividad, además de la unicidad, necesita de la profundidad del pasaje del individuo al yo persona. La profundidad es el complejo radical de mundos posibles del cual la persona emerge en su instancia de libertad y responsabilidad. La profundidad es compleja, y en la circularidad, no ve el fondo. Pero conserva la raíz, que regresa en el encuentro con el otro, capaz de palabra en la construcción de la relacionalidad intersubjetiva de la esfera pática. La instancia de la subjetividad puede alcanzar la complejidad en la medida en la cual se reconoce yo-persona y puede apelar al derecho, excediendo la norma, en la búsqueda perenne de lo justo. Como escribe Rosmini, "la persona es derecho subsistente", centro de atracción de los derechos. La complejidad está perforada, por así decirlo, en el punto donde emerge la persona. La complejidad es un complejo "perforado". De estos "foros" emerge la dimensión irreducible de la persona.

El problema, entonces, no es simplificar la complejidad sino encontrarla como un evento donde el descubridor (la persona) y lo encontrado (la complejidad) son ambos profundos en la posibilidad de una narración, para decirlo con Ricoeur, que tiene que hacer el hombre y su tiempo en carne y hueso. "Se trata aquí de aquella simplificación de la complejidad que se desarrolla cada vez más en la búsqueda del sentido de la coexistencia, entonces, en la actividad de la interpretación, como en la pluralidad de posibles direcciones, solicita a la persona escoger fuera de la contingencia, escogiendo responsablemente la calidad de la relación con los otros y, entonces, instituyendo normas jurídicas mediadas por la justicia, que confiere un sentido a la legalidad".

La simple sumatoria de operaciones seguidas funcionalmente por la producción de simplificación no plantea la cuestión de lo justo o no justo.

No se puede sino subrayar la importancia del espacio de las relaciones interpersonales en el seno de la integralidad temporal a partir de privilegiar el acto de la persona como acto social. Y en el mundo concreto y encarnado, el sujeto usa el derecho como medio de deliberación, no a través de los instrumentos de la modernidad (el gobierno de las cosas); sino, a través, de los instrumentos de la governance (concertación-riesgo sostenible) a las normas que van redefiniendo los principios en el seno de los derechos humanos.

La verdad mide la cualidad de las relaciones interpersonales. Los derechos humanos pueden ser nombrados como la interioridad de la ley. El yo puede formar un sujeto, pero un sujeto impersonal no puede formar el yo persona. La libertad y los derechos del hombre no son objeto de cualquier ciencia. El yo persona manifiesta un ansia de justicia y los derechos del hombre constituyen el yo de cada persona, en su insustituibilidad.

La capacidad creativa del yo persona a través del poder de la palabra ha dado lugar a una instancia social de la complejidad a partir del hombre, en el curso siempre nuevo de mundos posibles.

"Sólo en el mundo de los hombres, complejidad, y simplificación manifiestan una estructura y un alterarse que cierran las preguntas sobre el mal y sobre lo injusto, entonces, sobre la imputabilidad de la persona

existente. El yo de la palabra, el único sujeto de la conducta relevante para el derecho". El individuo, en la modernidad, se deshace y es transparente. En la complejidad polifónica, la persona recompone el límite con la propia profundidad. La profundidad socava los límites de la modernidad. La persona, como el tiempo, es siempre nueva, y se coloca de frente a la complejidad de un curso de orientación y de proyectabilidad abierta, siempre a la búsqueda de lo imprevisible, al huésped en la dirección de un plus de sentido del derecho, que no es norma omniprevaleciente, sino *lex in interiore homine* que el derecho, tal como escribe Satta, no está "fuera de nosotros, sino en nosotros". El sentido del camino del hombre, excede el caminar. Su ser excede su hacer en la dinámica de un tiempo siempre inesperado (temporalidad de lo imprevisto).

El hacer es hacer moral en tal sentido. ¿Nosotros no podríamos afirmar hoy que los derechos humanos sin un fundamento filosófico, son simplemente descripciones, simplemente descripciones de garantía y de tutela de nuestras exigencias, sin producir alguna reflexión sobre éstas? El hacer es moral. Los sistemas autónomos del hacer, que son precisamente derecho y moral, encuentran identidad en el hacer pero logran ser autónomos particularmente en el sentido de la libertad del individuo. Individuo que es hombre social. Entonces la emancipación de la soledad es, ciertamente, un hacer que es libertad en la relación con la responsabilidad. Hay en alguna forma una vía que va de un lado hacia el deber, por el otro lado hacia la conciencia. En este sentido, podemos decir que la libertad –responsabilidad– se traduce como deber. Por otra parte, la conciencia adquiere un rol siempre más importante, sobre todo, en las relaciones con la temporalidad.

En la temporalidad se identifican, como se decía, líneas más arriba, las expresiones de la conciencia que le permite al hombre ser autónomo, pero en el encuentro con el derecho, le posibilita asumir una condición autónoma favorable hacia la búsqueda de la justicia.

En el presente "Suceder de ninguno" hay una tendencia cientista que querría reducir el libre arbitrio, a un mentalismo funcional e impersonal, con la consiguiente catástrofe sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos. La conciencia transtemporal no se limita simplemente a un mentalismo sino que tiene relación con el cuerpo, se interpreta con el transformarse en persona, con el propósito de pensar nuevos derechos en la dimensión de la profundidad del encuentro.

El hombre, se pierde en el flujo de una identidad que se busca, en el encuentro con el otro, con quien comparte la esfera pática, la dimensión humana de la responsabilidad constituye el vínculo del revelarse en la propia unicidad. Si bien el conocimiento global y unidimensional de la Modernidad se ha revelado lleno de ilusiones en su proyecto de *reductio ad unum* del todo; es, siempre actual, la preocupación frente a una temporalidad que manifiesta un sufrimiento, debido a la serialidad cuantitativa que pierde el hombre. El universo jurídico, en su encuentro con las dimensiones temporales, a mi modo de ver, ofrece la posibilidad de superar la tentación del reduccionismo presente en nuestro tiempo histórico. El dominio de la conciencia perpetrado por un aniquilador aturdimiento debido al flujo de información, ha significado la interrupción de una premonición, de la cual es posible salir solo con la recuperación del sentido de todas las dimensiones temporales. El jurista posee en sus manos y en su alma las llaves para activar la relación entre las necesidades del tiempo de la conciencia y las formas del tiempo del conocimiento.

Los ensayos presentados por los estudiosos del **Departamento de Economía y Jurisprudencia de la Universidad de Cassino**, Italia, van en esta dirección. Las contribuciones provienen de diversas ramas del saber jurídico, del derecho penal al derecho canónico, del derecho constitucional al derecho privado, del derecho procesal al derecho administrativo, del derecho laboral al derecho internacional.

Cada uno de los trabajos, muy interesantes y originales, activan la reflexión de cada uno de los temas específicos, pero tienen un evidente hilo conductor común, o sea, considerar las dimensiones temporales funcionales en una clave hermenéutica y de comprensión respecto a los delicados procedimientos del derecho.

El presente encuentro de investigadores no está destinado a una experiencia aislada. El camino de la relación está trazado. La colaboración y la comparación con otras tradiciones serán también muy fecundas, esto lo agradecemos a partir de la hospitalidad concedida a todos nosotros a través de la Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social **Utopía y Praxis Latinoamericana** y su Director el ilustre, Profesor Álvaro B. Márquez Fernández. Así también a la valiosa colaboración de mi colega la Profesora Flor María Ávila Hernández por su labor de supervisión y traducción de los textos italianos a la lengua castellana.



Constitución y Tiempo

Constitution and Time

Fulvio PASTORE

Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

La función original del constitucionalismo ha sido proteger los derechos fundamentales frente al riesgo de un ejercicio ilegal de los poderes públicos. En la era post-globalizada no se puede ir más allá y proceder a la tutela de los derechos humanos fundamentales de la persona de forma horizontal (respecto a los privados) y en vertical (respecto a los poderes supra-nacionales). Nuestra constitución utiliza los términos "derechos fundamentales" que encarna una visión jus-naturalista y jus-positivista. Las características de la constitución republicana son la síntesis de un "compromiso constituyente" y de un "punto de equilibrio" entre la soberanía popular y la soberanía del pueblo. Las mismas disposiciones constitucionales encuentran su sustento en el proceso de integración europeo: las decisiones de la Corte Europea de Justicia ofrecen un catálogo de derechos civiles, económicos y sociales. Emergen así los derechos fundamentales también si el grado de tutela es menor con respecto a aquello asegurado a lo interno de los ordenamientos nacionales. Sin embargo, estamos ante el tiempo de los derechos: se va más allá de los dos modelos clásicos de derecho civil y derecho común, en tanto las cortes nacionales y la europea cumplen una función de producción normativa. El papel judicial es un papel activo, de tipo hermenéutico, que depende más que del protagonismo de los jueces, de la insuficiencia de las actividades llevadas a cabo por los órganos políticos.

Palabras clave: Constitución, tiempo, derechos, hermenéutica.

Abstract

The original function of constitutionalism has been to protect fundamental rights facing the risk of an illegal exercise of public powers. In the post-globalized era, one cannot go beyond this and proceed to protection of the fundamental human rights of the person in a horizontal manner (regarding those that are private) and vertically (regarding the supra-national powers). Our constitution utilizes the terms "fundamental rights" that incarnate a jus-naturalist and jus-positivist vision. The characteristics of the republican constitution are the synthesis of a constituent commitment and of a point of equilibrium between popular sovereignty and the sovereignty of the people. The same constitutional dispositions find their support in the European integration process: decisions of the European Court of Justice offer a catalog of civil, economic and social rights. Fundamental rights also emerge in this way if the degree of protection is less with regard to that which is assured within the national ordinances. Nevertheless, we are facing a time of rights: this goes beyond the two classic models of civil and common law, since both the national and European courts fulfill a function of normative production. The judicial role is an active role of the hermeneutic type that depends more on the insufficiency of the activities carried out by political organs than on the protagonism of judges.

Keywords: Constitution, time, rights, hermeneutics.

EL TIEMPO DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO

El constitucionalismo, en el sentido moderno de la expresión, nace convencionalmente hacia el final del siglo XVIII, cuando las revoluciones estadounidense y francesa introdujeron la gran novedad de las constituciones escritas, pero es innegable como esta doctrina funda sus propias raíces en períodos históricos mucho más precedentes. Ya en la antigüedad griega y romana, en efecto, se pueden encontrar algunas instituciones del derecho público que influenciarán el derecho medieval, cuya evolución proporcionará la base para el desarrollo de las modernas teorías constitucionalistas. En particular, la influencia decisiva de Roma en el pensamiento europeo y el renacimiento de la jurisprudencia romana en Europa occidental, en el duodécimo siglo, fue el factor fundamental que favoreció la aparición de la *common law* y el surgimiento de los más importantes principios del constitucionalismo, principios que Europa continental acogió sólo después de la experiencia del totalitarismo¹.

La función originaria del constitucionalismo —que por otra parte, sigue siendo aún hoy su función principal— es la de proteger los derechos fundamentales de la persona con respecto al riesgo de un ejercicio ilegítimo de los poderes públicos.

Sin embargo, en el tiempo, junto a esta función, se ha desarrollado también la de una protección horizontal de los derechos fundamentales de la persona en las relaciones entre privados y, aunque sea en línea sólo teórica, la de una protección vertical frente a los poderes de tipo supranacional².

Precisamente, la relación entre Constituciones de los Estados miembros y principios constitucionales de la Unión Europea, por una parte, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales y de los altos Tribunales Europeos, ha puesto en evidencia como la única perspectiva hermenéutica y aplicativa, capaz de hacer frente a los problemas epocales que son planteados por las sociedades post-industriales, es la del constitucionalismo de múltiples niveles.

Del resto, precisamente, de las cuestiones relacionadas con los temas de la protección de los derechos fundamentales de la persona, resalta especialmente la obra fundamental realizada por la jurisprudencia de los Altos Tribunales Europeos, de los Tribunales Constitucionales y de los jueces comunitarios. Jueces que dialogan sobre casos concretos y que entrelazan útilmente sus argumentos, influenciándose y condicionándose recíprocamente.

Del examen profundo de las decisiones jurisprudenciales - y sobre todo de las argumentaciones que las sustentan - surge claramente la perspectiva de que el *multilevel constitutionalism* no sea una quimera, no representa una utopía fruto de elaboraciones abstractas de la doctrina sino que constituye más bien una realidad concreta y vital.

- 1 Se refiere a las elaboraciones teóricas que se encuentran en Mc ILWAIN, CH (1990), *COSTITUZIONALISMO ANTICO E MODERNO*, IL MULINO, BOLOGNA, 1990. Allí el autor, esboza principalmente, en la tradición inglesa, de la historia del constitucionalismo, en torno al contraste entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, e indica las soluciones en los conceptos de responsabilidad política y de control judicial de la constitucionalidad de leyes.
- 2 La jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales de varios Estados miembros de la Unión Europea, como es sabido, ha elaborado la así llamada teoría de los contra-límites con respecto al principio de prevalencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales, identificando precisamente en los principios fundamentales de la Constitución nacional y de los derechos fundamentales de la persona los elementos constitutivos de un núcleo duro de las constituciones nacionales que constituiría una frontera infranqueable también para el derecho de la Unión Europea. Sobre el tema véase STAIANO, S (Ed) (2006). *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, actos del convenio anual de la asociación de los constitucionalistas "Grupo de Pisa" (Capri, 3 y 4 de junio 2005), Giappichelli, Turín.

LA FASE CONSTITUYENTE Y LOS CARÁCTERES DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Como es bien sabido, uno de los caracteres principales de la Carta Constitucional de la República Italiana, aprobada por la Asamblea Constituyente en 1947, está representado por su «convencionalidad», es decir, el hecho de que el texto de la Constitución no fue el fruto de una sola visión política, cultural e ideológica, sino que fue más bien el resultado de un pacto constitucional entre diferentes factores políticos³.

Se ha hablado en este sentido también de «método de pactos», o de «compromiso», precisamente para subrayar que entre los principales componentes de la Asamblea Constituyente –el democrático cristiano, el marxista y los liberales– se alcanzó un acuerdo político basado en recíprocas concesiones y renunciaciones políticas.

El texto de la Constitución Republicana fue aprobado por la Asamblea Constituyente casi por unanimidad, testimonio del hecho de que no fue una mayoría que impuso a una minoría su visión de las cosas, sino que fue –queriendo utilizar una expresión hegeliana- la búsqueda de una «síntesis superior» entre distintas concepciones, entre ellas muy distantes hasta incluso contrarias entre sí. De tal modo, que se realizó una compenetración profunda de los opuestos, con un resultado original e inédito, respecto a los distintos puntos de partida, que sin embargo, les comprendía y les enriquecía, colocándolos en una visión más amplia y sistemática.

Estamos hablando, pues, de un compromiso constituyente, no en sentido despectivo, o dismuntivo, sino en sentido positivo. En el lenguaje corriente, hablamos, en efecto, a menudo, de «solución de compromiso», para indicar una solución no plenamente satisfactoria respecto a las expectativas, es decir, una solución «a la baja». El pacto constituyente, al contrario, y como ya se decía, fue un «compromiso alto», precisamente porque dio un mejor resultado con respecto a cada una de las posiciones de partida y de plena satisfacción para cada factor político.

Las técnicas de redacción del texto mediante las cuales se produjo la síntesis fueron múltiples.

En algunos casos se acogieron disposiciones de múltiples sentidos, como, por ejemplo, el artículo 2º, donde por la expresión «derechos naturales», de sentido unívoco –por tanto desagradable para liberales y marxistas, no obstante particularmente grata a los demócratas cristianos- fue preferida la expresión «derechos inviolables», compatible tanto con un enfoque iusnaturalista, como con el enfoque iuspositivista y con una visión materialista.

En otros casos aún, se hizo uso de una estratificación de las disposiciones, cada una de las cuales inspirada por una de las distintas concepciones. Paradigmático, en este punto, el texto del art. 41 de la Constitución en torno a la iniciativa económica privada, uno de los puntos más álgidos del conflicto político de entonces: el primer párrafo es de estampa claramente liberal («La iniciativa económica privada es libre»); el segundo párrafo, en cambio, con su llamada a la dignidad de la persona remite claramente a una visión cristiana («No puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o en forma de causar daños a la seguridad, la libertad, la dignidad humana»); por último, con una elaboración más sutil, se podrá claramente entrever detrás del tercer párrafo del artículo una construcción de las relaciones socio-económicas de tipo marxista («La ley determina los programas y los

3 Los informes de los trabajos de la Asamblea Constituyente, hoy disponibles también en el sitio oficial del Parlamento italiano, son agrupados en la publicación *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cargo del Secretario General de la Cámara de Diputados, Roma, 1971.

controles adecuados porque la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a fines sociales»).

En otros casos, luego, se prefiere utilizar expresiones lingüísticas muy genéricas o se evita simplemente regular algunas relaciones jurídicas encomendando la relativa tarea al legislador.

Sobre diversas cuestiones, en cambio, algunos de los grupos políticos aceptaron las solicitudes de otros -o por realismo político o a cambio de concesiones en cuanto a otros asuntos- sabiendo que cada disposición hubiera asumido un significado normativo autónomo a la luz de las otras normativas constitucionales, según un criterio de tipo lógico-sistemático.

La formulación del artículo 7º de la Constitución representa más que todo, un acto de realismo político y de conciencia histórica de la clase dirigente comunista, socialista y liberal del tiempo, y no un acto de concesión del factor cristiano demócrata⁴.

En particular, comunistas y socialistas sabían que, si querían esperar para recoger un consenso mayoritario en el país, no podían asumir una posición de abierta contradicción con la Iglesia Católica y sobre todo no podían lesionar la sensibilidad de la inmensa mayoría de la población, de fe católica.

El resultado global, la combinación de estas técnicas de redacción y de estas recíprocas concesiones, fue un texto muy abierto o «elástico», es decir, susceptible de ser sometido a una pluralidad de itinerarios herméuticos⁵.

El carácter elástico de la Constitución no contradice su rigidez. En efecto, cuando hablamos de rigidez de la Constitución, nos referimos a la existencia de límites formales y sustanciales a su modificabilidad: bajo esta perspectiva la rigidez contrasta con la flexibilidad, y no con la elasticidad que, por el contrario, se contrapone a la inelasticidad o univocidad. Se trata de dos diferentes dicotomías que afectan a perfiles diferentes de la Constitución: la primera a la modificabilidad; la segunda a la interpretación.

4 Sobre la contribución del factor cristiano democrático, véase en particular SCUDIERO, M (2002). "L'apporto dei giuristi cattolici nella fase costituyente dell'Italia repubblicana", *Sviluppo economico*, enero-agosto, vol. VI, pp. 57-66.

5 En el tema de la interpretación jurídica, con especial referencia a las disposiciones constitucionales y legales, véase: *ex plurimis*: BETTI, E (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán; BARTOLE, S (2004). *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Boloña; CRISAFULLI, V (1964). "Disposizione (e norma)", in: *Enc. dir.*, XIII, Milán; DWORKIN, R (1977). *Taking rights seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Boloña 1982; DOGLIANI, M (1982). *Interpretazioni della Costituzione*, Milán; DOGLIANI, M (1997). "Diritto costituzionale e scrittura", *Ars Interpretandi*, 2, pp. 103-136; ESSER, J (1972). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, II ed., Frankfurt a M. 1972, cit. p. 101; trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, editado por S. Patti y G. Zaccaria, Nápoles 1983; FARIAS, D (1981). *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milán; GADAMER, HG (1977). "Ermeneutica", in: *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma; GUASTINI, R (1996). "Specificità dell'interpretazione costituzionale", *Analisi e Diritto*; Kelsen, H (1960). *Reine Rechtslehre*, Wien, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1961; Kelsen, H (1928). "Le garantíe jurisdictionnelle de la Constitution", *Rev. Dr. Publ. Et sc. Pol.*, pp. 197ss.; MENGONI, L (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán; MERKL, A (1931). "Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues" (1931), trad. it. "Prolegomeni a una teoria della costruzione a gradi del diritto", in: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milán 1987; MODUGNO, F (2005). "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori", in: www.constituzionalismo.it, n.º 186, 8 Luglio; MODUGNO, F (2009). *Interpretazione giuridica*, Padua; PETTA, L (1977). "Schmitt, Kelsen e il Custode della Costituzione", *Storiae politica*, pp. 506ss.; SCHMITT, C (1931). *Il custode della Costituzione*, trad. it. Editado por A. Caracciolo, Milán 1981; SILVESTRI, G (1989). "Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso", *Quad. cost.*; TARELLO, G (1980). *L'interpretazione della legge*, Milán; VIOLA, F & ZACCARIA, G (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari; VIOLA, F (1997). "Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica e l'ermeneutica", *Ars Interpretandi*, 2; ZACCARIA, G (1996). *Questioni di interpretazione*, Padua.

Una Constitución rígida, por lo tanto, puede bien ser elástica. Al contrario, es bueno que sea tan elástica como rígida al mismo tiempo. En efecto, si una Constitución es muy rígida y, al mismo tiempo, inelástica, difícilmente aguantaría el largo paso del tiempo, puesto que la dificultad de su modificación y las contemporáneas dificultades de adaptar su significado a las cambiantes necesidades, la harían superarla rápidamente. En este caso, el riesgo es que se dé lugar a un nuevo proceso constituyente y la Constitución sea cambiada *in toto*.

Una Constitución abierta o «elástica», y por eso, es idónea para perdurar en el tiempo mucho más que una Constitución «inelástica». También porque deja mayor espacio a la discrecionalidad del legislador, y es, por tanto, compatible con varias direcciones políticas de la mayoría. Y, no es necesario cambiar la Constitución cada vez que cambia la mayoría parlamentaria.

Una Constitución abierta es, por todos los motivos indicados, más fácilmente susceptible de ser sometida a una interpretación evolutiva, de manera de tener suficientemente en cuenta, en el desempeño de la actividad hermenéutica, las nuevas circunstancias sociales, económicas, científicas, tecnológicas, culturales, además de las políticas.

Por consiguiente, la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales representa también el resultado natural del criterio lógico-sistemático: criterio principal de interpretación constitucional, según el cual cada disposición debe ser interpretada a la luz del resto de todas las otras disposiciones y en especial de las más estrechamente relacionadas.

La modificación de una disposición constitucional, en efecto, impone una reevaluación del significado de las otras disposiciones constitucionales relacionadas con ella, aunque quedaran intactas.

Los caracteres indicados –la convencionalidad, rigidez, elasticidad– han permitido a la Constitución de la Republicana Italiana de 1947 permanecer en vigor hasta hoy, conservando casi totalmente su actualidad y su vitalidad, a pesar de los acontecimientos trascendentales ocurridos en los decenios pasados.

El mérito de la actualidad y de la vitalidad de la Constitución debe, por otra parte, atribuirse a la obra incesante y sensible de la jurisprudencia constitucional, que, mediante una interpretación sistemático-evolutiva, con frecuencia ha sabido dar cobertura constitucional a situaciones inéditas, colmando las lagunas en el sistema de las disposiciones constitucionales y resolviendo muchas contradicciones del sistema legislativo.

A la jurisprudencia constitucional, en ausencia de revisiones constitucionales destinadas a regular detenidamente la relación entre el ordenamiento nacional y la Unión Europea, se debe reconocer el mérito de haber favorecido el proceso de integración supranacional, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos en su ejercicio de adaptación de la Constitución en clave evolutiva⁶.

6 Entre las innumerables publicaciones sobre la reelevancia interna del derecho comunitario, con particular referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, véase: AA.VV (2008) *Diritto Comunitario e diritto interno*, Actas del seminario celebrado en Roma Palazzo della consulta, 20 de abril de 2007, Milán; AA.VV (1991). *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*. Actas del seminario celebrado en Roma, Palazzo della Consulta 15-16 ottobre de 1990, Milán; AMOROSO, G (1996). "La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta" fase?", *Foro it.*, V; BARONE, A (1996). "Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi", *Foro it.*, pp. 783-794; CARTABIA, M (1995). *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán; CELOTTO, A (2000). "Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi", in: AA.VV (2000). *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Nápoles, pp. 437; DONATI, F (1995). *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*,

LÓGICAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA: ENTRE EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS

Una Constitución “equilibrada”⁷, típica de una “democracia crítica”⁸, se basa sobre el equilibrio entre el principio de soberanía popular y de garantía de los valores constitucionales. Ningún ordenamiento auténticamente democrático, en efecto, puede escapar a la paradoja de la necesidad de imponer límites a la soberanía del pueblo⁹.

En la Constitución italiana de 1947, el límite último e infranqueable a la soberanía popular puede ser observado en la imposición de límites absolutos al poder de revisión. Este núcleo de valores irrenunciables –en parte explícitos, en parte tácitos o “lógicos”– consiste en el principio democrático y en los otros principios fundamentales de la Constitución (entre los cuales el de la persona, el de la igualdad, el pluralista y el autonomista), así como en los derechos inviolables de la persona.

La génesis en la Asamblea Constituyente de la disciplina relativa al procedimiento de revisión de la Constitución demuestra, en cambio, la investigación, en la definición del mismo, de un punto de equilibrio entre soberanía popular –expresada mediante mecanismos de democracia representativa (las dos deliberaciones de la propuesta de Ley constitucional por parte de las cámaras parlamentarias)– y el de la soberanía del pueblo, expresada mediante mecanismos de democracia directa (el *referéndum* eventual contemplado en el art. 138 de la Constitución).

En la conformación del procedimiento de revisión de la Constitución resultante de los trabajos preparatorios, se nota la intención de favorecer la búsqueda de un consenso amplio de las fuerzas parlamentarias y de garantizar una adecuada ponderación y debate; pero, al mismo tiempo, se nota la preocupación de evitar un exceso del papel de las minorías parlamentarias que se habría producido en caso de agravación del *quórum* previsto para la segunda deliberación a tal punto de entregar en las mismas un poder de veto en condiciones de determinar una “fossilización” del sistema constitucional¹⁰.

El punto de equilibrio alcanzado es favorable a los mecanismos de la democracia representativa, tanto porque el *referéndum* no podrá ser requerido cuando se alcance el *quórum* de los dos tercios de los componentes en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria, sea porque, también en el supuesto que se alcance sólo la mayoría absoluta de los componentes, el *referéndum* no es obligatorio, pero se realiza sólo en el caso de petición por parte de cinco de los Consejos Regionales, quinientos mil electores o un quinto de los componentes una de las dos cámaras parlamen-

Milán; MASTROIANNI, R (2008). “Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale”, in: *Diritto comunitario e diritto interno*. Actas del seminario celebrado en Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milán.

7 La expresión es tratada por FIORAVANTI, M (2004). *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Boloña, El Molino, p. VIII. Allí se define como equilibrada: “(...) una Constitución capaz de mantener en equilibrio los poderes de dirección y los de garantía, el principio democrático y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales”.

8 Es la expresión en el sentido indicado en ZAGREBELSKY, G (1995). *Il crucifige e la democrazia*, Einaudi, Turín.

9 Sobre este punto particularmente interesante son las reflexiones de Norberto Bobbio. Cfr. BOBBIO, N (1981). “La regola della maggioranza: limiti ed aporie”, in: BOBBIO, N; OFFE, C & LOMBARDINI, S (1981). *Democrazia, maggioranze e minoranze*, Boloña, p. 33ss.; BOBBIO, N (1984). *Il futuro della democrazia*, Turín; BOBBIO, N & VIROLI, M (2001). *Dialogo intorno alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari.

10 Sobre el tema véase STAIANO, S (2005b). “La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale”, in: www.federalismi.it, n.º 7.

tarias, dentro de los tres meses después de su publicación en el Diario Oficial de la propuesta de la Ley constitucional no promulgada.

El resultado es un modelo elástico del procedimiento de revisión, compatible con una lógica reformadora basado en la búsqueda de un consenso amplio, con una lógica reformadora basada en las revisiones por golpes de la mayoría.

Por otros cincuenta años (desde 1948 al 2001) -período no perfectamente correspondiente con la fase “consociativa” de la forma de gobierno parlamentaria italiana, convencionalmente finalizado con las elecciones políticas del 1994, que marcan el inicio de una fase “tendencialmente contrapositiva” o “casi contrapositiva” de las relaciones entre el gobierno, mayoría y minorías parlamentarias - el procedimiento de revisión de la Constitución ha funcionado según lógicas plenamente consociativas, como lo demuestra el hecho de que nunca ha habido en este período, un recurso al *referéndum* constitucional¹¹.

La primera propuesta de Ley constitucional aprobada por la mayoría, en la finalización de la XIII legislatura, es la reforma del Título Vº de la IIª parte de la Constitución, sometida con resultado positivo al *referéndum* constitucional a petición tanto de la mayoría como de la oposición del tiempo y promulgada posteriormente como Ley Constitucional n.º 3 del 2001¹².

Este resultado se produjo, sin embargo, tras el fracaso de dos intentos de reforma de la parte organizativa de la Constitución, realizados según procedimientos de formación especiales introducidos con base a la convicción de que el procedimiento de formación de las leyes constitucionales regulado por el art. 138, por su lentitud y complejidad, era inadecuado respecto al objetivo de realización de las grandes reformas constitucionales¹³.

El procedimiento de formación agravada de leyes constitucionales previsto en el art. 138º de la Constitución, en efecto, no constituye en sí un valor inviolable, incluso si ha sido tan cumplido por esta Asamblea Constituyente a fin de proteger en su núcleo esencial valores irrenunciables como: el principio de la soberanía popular, el principio representativo, el principio pluralista.

11 Hasta 1970, las leyes constitucionales fueron aprobadas en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria con el *quórum* de dos tercios de los componentes porque faltaba la legislación de aplicación del *referéndum* constitucional, introducida para precisamente con la ley ordinaria n.º 352 de 1970. Tras el 1970, es cierto que algunas leyes constitucionales fueron aprobadas sin que en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria se alcanzara el *quórum* de dos tercios de los componentes, pero esto ha sucedido por razones absolutamente contingentes: baja presencia de componentes de la Cámara al momento de la votación final; desacuerdo de pequeñas componentes de la mayoría parlamentaria en el contenido de la propuesta de ley constitucional. Sin embargo, también en esas raras ocasiones, el funcionamiento convencional del procedimiento de revisión constitucional parece confirmado por omisión de la petición del *referéndum* constitucional por parte de los agentes autorizados (entre los cuales un quinto de los componentes cada cámara). Los sucesos aquí resumidos son más analíticamente y orgánicamente reconstruidas en STAIANO, S (2005b). *Art. cit.*

12 El *referéndum* constitucional, que en términos técnico-jurídicos podrá ser calificado de tipo aprobatorio, en términos políticos asume una vertiente confirmativa cuando es requerido por la misma mayoría que ha aprobado la propuesta de ley constitucional y una vertiente opositora cuando es requerido por las minorías parlamentarias.

13 Convicción de que constituye una de las premisas de fondo del mensaje sobre las reformas institucionales enviado por el Presidente de la República, Francesco Cossiga, las cámaras parlamentarias en 1991, en el que se pide una reforma global de la Constitución, suponiendo el recurso a procedimientos alternativos a lo regulado por el art. 138º de la Constitución.

Modificaciones y/o excepciones a este procedimiento son, por lo tanto, constitucionalmente legítimas, dentro de los límites en que sean respetuosos de los valores inviolables que el procedimiento agravado tiende a preservar¹⁴.

Excepciones al procedimiento de revisión del artículo 138 de la Constitución estaban, entonces, previstos en la misma Carta constitucional y en las leyes constitucionales, aunque sea con fines particulares y con ámbitos de competencia restringidos: el art. 132º, Primer párrafo, de la Constitución, por ejemplo, prevé para la fusión de varias regiones o la creación de nuevas regiones un procedimiento reforzado; el art. 7º de la Constitución, prevé que las modificaciones introducidas mutuamente a los pactos Lateranenses entre Iglesia y Estado puedan establecer excepciones a las normas constitucionales sin que se necesite de una aprobación con ley constitucional; la ley constitucional nº. 2 del 2001 prevé que las leyes constitucionales aprobatorias de los estatutos especiales puedan ser modificadas, dentro de los límites a la forma de gobierno regional con una simple deliberación por mayoría absoluta del Consejo Regional; ya antes existía la ley constitucional nº. 2 del 2001, en la ley constitucional de aprobación del Estatuto de Cerdeña y en la de aprobación del Estatuto de Valle de Aosta se preveía que en las materias indicadas como el art. 123º de la Constitución como contenido “mínimo” de los estatutos regionales, el estatuto especial pudiera ser modificado con el procedimiento de formación de los estatutos ordinarios.

La referencia a los dos intentos de reforma de la parte organizativa de la Constitución realizados con procedimientos especiales y ambos fracasados estaba dirigido claramente a la ley constitucional nº. 1 de 1993, que establece la Comisión bicameral para las reformas institucionales de Mita–Iotti, así como a la Ley constitucional nº. 1 Del 1997, aprobadas respectivamente en las regiones XI y en XIII legislatura¹⁵.

En efecto, mientras que el primer intento fracasó a causa de la realización abreviada de la legislatura, el segundo fue abandonado durante la primera lectura ante la Cámara de diputados del proyecto elaborado por la Comisión bicameral, en consecuencia de la ruptura del acuerdo entre la mayoría y la oposición que hasta ese momento lo había apoyado.

Estos acontecimientos han contribuido evidentemente a inducir la convicción de que es ilusorio perseguir a toda costa reformas compartidas y que la urgencia de las intervenciones reformistas requiere de una actitud firme y autosuficiente de la mayoría. Esta convicción, entonces, está comprometida con una mal entendida cultura llamada “contrapositiva” que defiende el rechazo de actitudes consensuales no sólo en la determinación de la dirección política de la mayoría, sino también con referencia al tema de las reformas institucionales y de las funciones de garantía.

La lógica de las revisiones constitucionales “de la mayoría” inaugurada en la XIII legislatura del centro-izquierda, fue seguida también en la siguiente legislatura, esta vez a causa del centro-de-
recha, con la aprobación de la mayoría absoluta de los grupos políticos, en la segunda deliberación

14 Como es sabido, el intento doctrinal de sustraer el procedimiento de formación de las leyes constitucionales al poder de revisión se ha llevado a cabo con argumentos jurídicamente refinados por Ross sobre el plano de la lógica formal. Esta teoría, ha quedado superada críticamente por Mortati y Crisafulli sobre la base de argumentos diferentes pero confluyentes. Este punto véase en STAIANO, S (2005b). *Art. cit.*

15 Las principales diferencias entre los procedimientos especiales creados por las citadas leyes constitucionales y el procedimiento de revisión de la Constitución regulado en el artículo 138 de la Constitución consistían en: la obligatoriedad del *referéndum* constitucional y la irrelevancia, por tanto, de alcanzar menos del *quórum* de dos tercios de los componentes en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria; en la atribución a una comisión bicameral de función referente, normalmente llevada a cabo por la Comisión de Asuntos Constitucionales dentro de cada cámara; en la previsión de normas sobre presentación de las cuestiones prejudiciales y de las enmiendas destinadas a simplificar y agilizar el procedimiento.

de cada cámara parlamentaria, de una propuesta de Ley constitucional de reforma de la totalidad de la segunda parte de la Constitución, conocida como *devolution*, luego rechazada por el cuerpo electoral con el *referéndum* constitucional.

La XV legislatura, caracterizada nuevamente por una mayoría parlamentaria de centro-izquierda no llegó ni siquiera a la mitad de su duración natural, establecida por la Constitución en cinco años, de manera tal que el debate sobre las reformas constitucionales, intensamente iniciado por las comisiones de Asuntos Constitucionales de las dos cámaras parlamentarias, no había producido resultados de particular importancia.

Casi con una sola voz, los presidentes de las dos Asambleas parlamentarias, en sus respectivos discursos de instalación —ue han sustancialmente inaugurado la XVI legislatura— han afirmado la necesidad de iniciar una temporada “constituyente”. En el mejor de los casos, se hubiera podido pensar en una referencia técnicamente inadecuada al poder “constituyente” por parte de los dos presidentes de la Asamblea; el temor, en cambio, es que se pensara efectivamente en un proceso de reforma de la Constitución que irrumpiera los límites impuestos al legislador constitucional por esta Asamblea Constituyente.

En cualquier caso, la XVI legislatura, a causa de las debilidades intrínsecas de la mayoría, también a comienzo de la legislatura, así como a causa de factores exógenos como la crisis financiera internacional que había afectado a nuestro país, ha transcurrido sin que se llegase a cambios importantes de la Constitución.

La Constitución de 1947, la más veces revisada e implementada por el legislador, parece en su versión final y en sus valores de fondo, aún viable y actual, gracias sobre todo a la valiosa obra del Tribunal constitucional y de los jueces comunes. Esta consideración, entonces, no entra en absoluto en contradicción con la afirmación de la oportunidad de realizar las revisiones puntuales, pero significativas, de la Constitución destinadas a mejorar tanto la estructura organizativa como la dogmática, es decir, la relativa a los derechos y deberes de la persona.

En particular, en cuanto a la estructura organizativa, se podría: I) superar el bicameralismo perfecto, sustituyendo el Senado, en su conformación actual, con una auténtica Cámara de intereses territoriales; II) racionalizar y estabilizar la forma de gobierno parlamentario, estableciendo un vínculo fiduciario entre el Primer Ministro y la mayoría en la Cámara de Diputados, previendo el *quórum*¹⁶ de la mayoría absoluta para la aportación y para la remoción de la confianza, introduciendo la desconfianza constructiva y previendo expresamente el poder del Primer Ministro de pedir al Jefe del Estado la remoción de los ministros¹⁷.

En cuanto a la primera parte de la Constitución, se podría: I) actualizar el catálogo de derechos fundamentales, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional y de los altos tribunales europeos, así como de las más recientes catálogos internacionales y europeos sobre los derechos humanos, de manera de considerar expresamente los derechos de nueva generación (como el derecho a la confidencialidad, el derecho a la salubridad ambiental, el derecho a la identidad, el derecho de procrear, etc.); II) reforzar en total, el sistema de las garantías organizativas y procesales, además de las jurisprudenciales, de estas posiciones jurídicas subjetivas de ventaja.

16 Sobre el tema véase *Ex plurimis* BALDINI, V (Ed.) (2008). *La camera degli interessi territoriali nello Stato composto*, Satura Editrice, Nápoles.

17 Sobre el tema me permito citar en este punto a PASTORE, F (2012). *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del capo dello Stato*, Giappichelli, Turin, reimpresión.

La urgencia de la revisión constitucional es muy atenuada por el carácter “abierto” o “elástico” de las disposiciones constitucionales (es decir, la posibilidad de someter las mismas a una pluralidad de itinerarios hermenéuticos), consecuencia del carácter “convencional” o “pactos” de las normas constitucionales (fruto de un pacto constitucional entre factores culturales, políticos e ideológicos muy distantes entre sí), además de la naturaleza programática y/o de principio de la mayor parte de los preceptos constitucionales.

Como ya se ha subrayado, en efecto, estos caracteres de la Constitución de la República Italiana (elasticidad, convencionalidad, programaticidad) han favorecido en el tiempo la adaptación del significado de las disposiciones constitucionales a las cambiantes necesidades políticas, sociales y económicas del país, permitiendo mantener un elevado grado de positividad (entendida como correspondencia al sentir social y las necesidades de la colectividad); al mismo tiempo, han concedido una amplia discreción a las opciones del legislador, permitiendo el desarrollo de direcciones políticas de la mayoría y, especialmente, de políticas económicas muy diferentes entre sí.

Se debe reconocer que la Constitución italiana, que en gran parte de las disposiciones se mantiene formalmente inalterada, ha sido muy cambiada en el transcurrir de los años. En particular, la actual transición política (que no necesariamente debe convertirse en una transición constitucional) caracterizada por una reducción significativa del pluralismo parlamentario en consecuencia más de los comportamientos políticos de los partidos mayores que las innovaciones introducidas en las directrices electorales- ha producido ya, en el plano de la efectividad, significativos cambios en el funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario. Por no hablar de la notable incidencia del proceso de integración europea en el sistema de las normas constitucionales, creada sin que interviniera una revisión constitucional orgánica destinada a regular las relaciones entre el ordenamiento de la Unión Europea y el nacional, como, en cambio, ocurrió en la mayor parte de los países miembros caracterizados por una Constitución escrita¹⁸.

Queda por preguntarse, entonces, cuáles son los motivos de una tan repetida insistencia sobre la supuesta necesidad de una “gran reforma” constitucional: probablemente, el mito de la gran reforma (a juicio de quien escribe, por dejar de lado) se debe más a la necesidad de legitimación histórica de una clase política autosuficiente y ya casi del todo ajena al llamado marco constitucional (es decir, a las fuerzas políticas que han contribuido a fundar la República y a aprobar la Constitución, para luego defenderla e implementarla durante los siguientes cincuenta años), que a una verdadera necesidad política y social del país.

Una revisión orgánica de la Constitución de 1947 requeriría una profunda conciencia cultural y política compartida de los valores de fondo a fin de preservar, en ausencia de la cual se corre el riesgo, en el mejor de los casos, de una reforma inútil o inoperante; en el peor, una sucesiva perversión de los valores constitucionales fundamentales¹⁹.

18 La irrelevancia del sistema partidista con referencia al funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario fue bien señalada desde hace tiempo en los estudios de Duverger en Francia y de Elia en Italia. Véase DUVERGER, M (Ed.) (1955). *Partis politiques et classes sociales en France*, Paris; DUVERGER, M (1958a). *Demain, la République*, Paris; DUVERGER, M (1958b). *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3ª ed., Paris; DUVERGER, M (1983). “La nozione di regime “semipresidenziale” e l’esperienza francese”, *Quad. cost.*, n.º 2, p. 259ss.; ELIA, L (1957). “Appunti sulla formazione del Governo”, *Giur. cost.*, p. 1170ss.; ELIA, L (1966). “Primo ministro (diritto comparato)”, *Noviss. dig. it.*, XIII, p. 863ss.; ELIA, L (1968). “Fiducia parlamentare”, *Enc. dir.*, XVII, p. 398ss.; ELIA, L (1970). “Governo (forme di)”, *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milán, p. 634ss.; ELIA, L (2000). “Rappresentanza politica, partiti, Parlamento”, en el ámbito del convenio del A.I.C., celebrado en Florencia durante los días 12, 13 y 14 octubre, acerca del tema *Il Parlamento*.

19 Plenamente compatibles, a este respecto, parecen los temores expresados en FIORAVANTI, M (2004). *Op. cit.*

La esperanza es, más bien, que se realicen trabajos de reformas puntuales y de mejoras del actual sistema constitucional, con un consenso amplio de las fuerzas políticas, lo cual nunca ha sido conveniente en una legislatura caracterizada por una reducción significativa del pluralismo parlamentario.

La actual XVII legislatura parece, por fin, haberse situada, no sin incertidumbres y vacilaciones, sobre una vía constructiva.

Por iniciativa gubernamental, en efecto, se ha presentado un proyecto de Ley Constitucional gubernamental (denominado proyecto de Ley Boschi, por el apellido del actual Ministro para las reformas constitucionales, Sra. María Elena Boschi), según el procedimiento previsto en el art. 138 Cost., encaminado esencialmente: I) para superar el bicameralismo perfecto mediante la creación de una cámara con las autonomías territoriales, sustitutiva del actual Senado, con competencias diferenciadas con respecto a la Cámara de Diputados que seguiría así la única titular de la relación fiduciaria con el gobierno; II) a modificar el reparto de las competencias legislativas entre Estado y regiones, eliminando las competencias concurrentes y haciendo más claras las respectivas funciones y responsabilidades.

El proyecto de Ley constitucional en cuestión está en fase de aprobación, en su primera lectura por el Senado de la República. Por lo tanto, faltan aún tres pasos parlamentarios y el resultado del proceso reformador en curso parece aún en duda. No obstante -aunque en presencia de alguna complejidad frente a algunas de las soluciones técnicas discutibles- no se puede dejar menos de apreciar, con respecto a los anteriores intentos y a las anteriores revisiones que se ha hecho alusión, la búsqueda de un consenso que llegará más allá de los límites de la mayoría de gobierno, así como la elección de no intervenir en toda la parte organizativa de la Constitución pero sólo en algunas apremiantes y centrales cuestiones; sin, por eso, cerrar el camino a las sucesivas y más puntuales intervenciones de revisión.

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO PROCESO: EUROPA DE LOS MERCADOS Y EUROPA DE LOS DERECHOS

La evolución del significado de las disposiciones constitucionales italianas, como ya se ha subrayado, ha sido determinada en gran parte evolución del proceso de integración europea.

En particular, la transformación de las Comunidades Europeas en la Unión Europea -ocurrida en virtud del Tratado de Maastricht- ha consagrado el nacimiento de un ordenamiento supranacional con fines no más exclusivamente económicos, sino también sociales y políticos. En el neonato ordenamiento ha adquirido relevancia central el tema de las libertades personales²⁰.

La Corte ha reconstruido, en efecto, durante los años, un sistema de valores, introduciendo en el ordenamiento europeo principios del mismo no explícitamente previstos, sin seguir un proyecto orgánico pero basándose en los casos que de vez en vez se han presentado bajo su examen.

Las originarias connotaciones economicistas y sectorialistas de las Comunidades Europeas habían favorecido, en el pasado, el desarrollo de una especial sensibilidad del Tribunal de Justicia para las libertades en el ámbito económico. Y, el principio pluralista había adquirido su consistencia

20 Sobre el tema véase PAGANO, E (1996a). "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", *Diritto Un. Eur.*, p.163.

en la jurisprudencia comunitaria principalmente mediante la afirmación de la prohibición de discriminación, del derecho de competencia, de la libertad de circulación y de la libertad de establecimiento.

Esta angosta perspectiva resulta obsoleta a la luz de la jurisprudencia comunitaria más reciente, sobre todo posterior a la aprobación del Tratado de Maastricht, de la cual se desprende una renovada atención a las libertades religiosas, culturales, políticas y sociales²¹.

De tal modo que hoy es posible afirmar que "si existe una tradición constitucional común de los Estados de la Unión, como se evidencia de numerosas decisiones del Tribunal de Justicia, esa tradición no es en el sentido de la supremacía de las reglas de la economía de mercado, sino de una armonización de tales reglas con las necesidades del desarrollo económico y social y la eliminación de las desigualdades, según una estrategia confirmada por el art. 3º del Tratado C.E."²².

Las dimensiones del catálogo de los derechos civiles, económicos y sociales declarados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, proporciona un signo tangible de la amplitud y la importancia de la obra llevada a cabo²³.

La Corte, haciendo surgir en vías jurisprudencial los derechos fundamentales y el ordenamiento comunitario, ha anticipado y estimulado las determinaciones de conferencias intergubernamentales y de los órganos políticos de la Unión. Se ha tratado de una contribución decisiva y probablemente necesaria, pero el retraso de los procesos de decisión política ha dado lugar a múltiples problemas.

En particular, el grado de protección asegurado por la jurisprudencia comunitaria a los derechos fundamentales, se ha mostrado muy a menudo inferior al asegurado dentro de los ordenamientos nacionales más sensibles a estos valores constitucionales.

21 La contribución aportada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la formación de los derechos fundamentales a nivel europeo evidenciada en PAGANO, E (1996b). "Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia", in: *Dirittopubblicocomparatoeuropeo*, I, 2001, p. 177. Sobre el tema cfr., así mismo, TONIATTI, R (2001). "La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea", in: *Dirittopubblicocomparatoeuropeo*, I, p. 186.

22 CUOCOLO, F (2000). "L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti", *Giur. cost.*, enero-febrero, p. 587.

23 Entre los derechos y los principios fundamentales reconocidos por el Tribunal: el derecho a la dignidad (véase por ejemplo sent. 03.07.1974, Casagrande I, Rec., 773); el principio de igualdad y no discriminación (véase por ejemplo sent. 07.06.1972, Sabbatini Berton, Rec., 746, en el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras; sent. 15.01.1986, Aleta, Rec., 1, sobre la prohibición de discriminación de los trabajadores inmigrantes en materia de prestaciones sociales; sent. 12.12.1996, Altmann y a./Commission, Rec. p. II - 2041, Rec. FP p. II-1471 sobre el principio de razonable duración de las distinciones normativas justificadas por condiciones objetivas temporales; sent. 16.04.1997, Kuchlenz-Winter/Commission, en Rec. p. II - 637, Rec. FP p. II-235 en el principio de sensatez de distinciones normativas); la libertad de asociación (véase por ejemplo sent. 08.10.1974, Union Syndicale, Rec., 917); la libertad religiosa (véase por ejemplo sent. 27.10.1976, Prais, Rec., 1589); la libertad de expresión (véase por ejemplo. VBVB-VBBB, 17.01.1984, en Rec.); el derecho a la confidencialidad (véase por ejemplo sent. 26.06.1980, National Panasonic, Rec., 2030; sent. 18.05.1989, Comisión c. Alemania, Rec., 1263; sent. 08.04.1992, Comisión c. Alemania, Rec., sent. 15.05.1997, N/Commission, Rec. FP p. II-289; sent. 18.12.1997, Gill/Commission, Rec. FP p. II-1231); el derecho de residencia (véase por ejemplo sent. 29.10.1975, Rutili, Rec., 1219); el derecho a la inclusión del núcleo familiar (véase por ejemplo sent. 15.02.1985, Diatta, Rec., 567); la libertad de domicilio (véase por ejemplo sent. 21.09.1989, Hoochst, Rec., 2859); el derecho de defensa (véase por ejemplo sent. 01.04.1987, Dufay, Rec., 1561; sent. 14.05.1986, Johnston, Rec., 1663; sent. 23.10.1974, Transoceans Marine Paints, Rec., 1063; sent. 18.05.1992, A.M. & S., en Rec., I-1575); el principio della nulla poena sine culpa (véase por ejemplo sent. 10.07.1990, Hansen, Rec., I-2911); el principio de irretroactividad de normas penales (véase por ejemplo sent. 10.07.1984, KIRK, Rec., 2689); el derecho de propiedad y la libertad profesional (véase por ejemplo sent. 13.12.1979, Hauer, Rec., 3727); la libertad de comercio y, más en general, de iniciativa económica (véase por ejemplo sent. 17.12.1970, INTERNATIONAL Handelsgesellschaft, Rec., 1125); la libertad de competencia (véase por ejemplo sent. 07.02.1985, ADBHU, Rec., 531; sent. 19.10.1977, Ruckdeschel, Rec., 1753).

En efecto, la afirmación de principios formalmente extraños al régimen comunitario fue hecha, a menudo, en un intento de buscar una solución a las cuestiones propuestas por el propio ordenamiento comunitario, y, por tanto, teniendo en cuenta su naturaleza y sus objetivos.

En este sentido, se ha hablado de un método "selectivo" de la Corte, en cuanto habría reconocido un primario interés de las posiciones jurídicas subjetivas, sólo porque las mismas se incluían en la estructura y en los objetivos de la Comunidad, de hecho disminuyendo su alcance²⁴.

Se están, además, verificando defectos de coordinación entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, a veces, han desembocado en verdaderos contrastes jurisprudenciales.

Sobre la base de jurisprudencia comunitaria, el Tratado de la Unión ha llegado al reconocimiento de la existencia de las tradiciones constitucionales comunes. Las disposiciones que se ponen de relieve, en particular, son las contenidas en los artículos 6º y 7º del Tratado de Maastricht, como modificado por el Tratado de Amsterdam.

Como es sabido, el art. 6º del Tratado constitutivo, afirma que la Unión respeta los derechos fundamentales, garantizados por la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre 1950, y que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en cuanto principios generales del ordenamiento comunitario²⁵.

El art. 7º prevé un complejo procedimiento que puede llevar a la aplicación de sanciones a cargo de los países miembros que sean responsables de violación de los valores fundamentales de la Unión Europea confirmados en el art. 6º del Tratado fundacional de la Unión²⁶.

El art. 46º, Letra d, del Tratado Constitutivo, ha trasladado al Tribunal de Justicia la competencia de pronunciarse, en virtud de los Tratados de las Comunidades, sobre el respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones; reconocer, así, expresamente el papel ya desde hace tiempo desempeñado por el Tribunal.

El Tratado de la Unión, además, ha elaborado referencias a los derechos humanos fundamentales, también en la disciplina de algunos sectores. De conformidad con el art. 11º, quinto guión, en efecto, la PESC debe tender al desarrollo y a la consolidación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, el art. K2, n.º. 1, preveía que la cooperación en materia de justicia y de asuntos internos, debía ser realizada en cumplimiento de la Convención Europea de los derechos humanos y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados²⁷.

24 Véase DAUSES, MA (1984). "La protection des droits branche dans l'ordre juridique communautaire", *Rev. Mic. Dr. EUR.*, p. 413.

25 Se trata de una disposición de gran importancia que, dando un fundamento positivo a la categoría de las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros, ha conferido, aunque sea en parte, una legitimación democrática al núcleo de estos valores constitucionales de la Unión Europea identificado por la jurisprudencia del Tribunal.

26 En concreto, el recurso al procedimiento regulado por el citado art. 7. Hasta ahora ha sido pensado sólo en el llamado caso "Haider". En este asunto véanse los actos del foro sobre el tema «Il caso Austria e la forma di stato europea» publicados en la revista *Dirittopubblicocomparatoeuropeo*, 2000, I, p. 182 e ss.

27 Esta última disposición se ha omitido en el Tratado de Amsterdam, que ha modificado la parte del Tratado de la Unión relativa a la cooperación en materia de justicia y de asuntos internos, transfiriendo parte de la disciplina de esta materia en el Tratado comunitario.

A su vez, el Tratado C.E., modificado en Amsterdam, en el segundo párrafo añadido art. 3º afirma que la acción de la Comunidad aspira a eliminar las desigualdades, así como a promover la igualdad entre hombres y mujeres.

Especialmente significativo, a los fines del anuncio del principio pluralista del ordenamiento comunitario, el art. 13º del mismo Tratado, en el que se prevé que, sin perjuicio de las otras disposiciones del Tratado y las competencias comunitarias, el Consejo, actuando por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, pueda adoptar medidas adecuadas para luchar contra las discriminaciones fundadas en el sexo, raza u origen étnico, religión o las convicciones personales, discapacidad, edad o las tendencias sexuales.

Un paso adelante en la dirección anunciada y en la definición de un derecho constitucional europeo se ha dado con la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – aprobada el 7 de diciembre 2000 a los márgenes de la Conferencia Intergubernamental de Niza²⁸ y posteriormente incorporada en el Tratado de Roma de octubre 2004 que establece una Constitución para Europa – la cual contiene un catálogo amplio y articulado de las libertades fundamentales, contemplando tanto las libertades fundamentales clásicas (entre las cuales la religiosa), tanto los derechos sociales, como los llamados nuevos derechos.

En cuanto a las técnicas de redacción utilizadas, suscita perplejidades la elección de escogencia de los derechos fundamentales, sin fijar reservas de ley y de jurisdicción y sin intentar ni siquiera de esbozar el sistema de límites a los cuales cada derecho debe atenerse²⁹.

No se trata de un aspecto secundario, si es cierto que la consistencia y efectividad de un derecho fundamental deriva de la definición y del alcance de las garantías de las cuales será asegurado, así como de los límites que tendrá para el necesario equilibrio con los otros valores fundamentales.

El Tratado constitutivo de la Constitución para Europa fue adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas del 17 y 18 de Junio 2004 y por lo tanto firmado en Roma el 29 de Octubre. Tras el voto contrario a la Constitución Europea, expresado por los electores en Francia y los Países Bajos en 2005 y un período de reflexión de dos años, el 23 de Junio 2007 los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE han alcanzado un acuerdo sobre el mandato para la posterior Conferencia Intergubernamental, que ha dado lugar al Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa, conocido también como Tratado de Reforma - oficialmente Tratado de Lisboa, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Euro-

28 El punto de partida del proceso que condujo a la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales, puede ser identificado en la decisión adoptada por el Consejo de la Unión Europea en Colonia en junio de 1999 de confiar a una convención de recoger "i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione" con el fin de hacerlos "más manifiestos". La fórmula utilizada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia parece correcta, por el momento, puesto que los derechos fundamentales de la Unión Europea ya se había producido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitaria. En las conclusiones del Consejo de Tampere del 14 y 15 de octubre 1999 fue establecida la composición de la Convención, ya esbozada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, y se establecieron las modalidades de desarrollo de los trabajos. El 2 de octubre 2000 la Convención ha sacado definitivamente el texto de la Carta de los derechos fundamentales, que fue proclamada en Niza el 7 de diciembre 2000 con la firma conjunta por parte de los presidentes de Parlamento Europeo, el Consejo y Comisión al margen de la conferencia intergubernamental que ha producido el Tratado de Niza. El recorrido institucional que ha llevado a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales es puntualmente reconstruido en un dossier publicado bajo la dirección de R. Adam en la Revista *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4 del 2000, donde se publicaron los documentos más significativos de los trabajos preparatorios así como el texto de la Carta. El expediente está precedido por una interesante introducción reconstructora del Alcalde, véase ADAM, R (2000). "Introduzione", in: ADAM, R (2000). "Dossier. Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in: *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4, 2000.

29 Sobre el punto véase DE SIERVO, U (2001). *Op. cit.*

pea - es el Tratado internacional, firmado el 13 de Diciembre del 2007 que ha aportado amplias modificaciones al Tratado sobre la Unión Europea y al Tratado que instituye la Comunidad Europea. Con respecto al Tratado anterior, el de Amsterdam, suprimirá los “pilares”, velará por el reparto de competencias entre la Unión Europea y Estados miembros, y se refuerza el principio democrático y de la protección de los derechos fundamentales, también mediante la atribución a la Carta de Niza del mismo valor jurídico de los Tratados. Entró oficialmente en vigor el 1º de Diciembre 2009.

En esta perspectiva, parece potencialmente decisivo, no sólo -y no tanto- el papel de la jurisprudencia constitucional nacional y de la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos, sino sobre todo el de los jueces comunes y de las autoridades administrativas, en particular las independientes.

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS, MÁS ALLÁ DE LAS DISTINCIONES ENTRE CIVIL LAW Y COMMON LAW

El papel de los tribunales constitucionales nacionales y de los altos tribunales europeos, como se ha intentado poner en evidencia, no se limita a una función herméutica sino que desemboca a menudo en una verdadera función de producción normativa, erosionando cada vez más la distinción clásica de los ordenamientos jurídicos en sistemas de *civil law* y sistemas de *common law*.

Estos masivos fenómenos de producción jurisprudencial del derecho han hecho a menudo hablar de un *déficit* democrático en los distintos niveles territoriales de gobierno y en particular a nivel de la Unión Europea, por el hecho de que las distintas autoridades judiciales no tienen carácter representativo de las comunidades que viven en los ámbitos territoriales de los cuales las mismas autoridades operan.

En particular, se denuncia, en esta clave, una supuesta falta de democracia en la génesis del derecho constitucional europeo, surgido de la prospección de las tradiciones constitucionales comunes realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo, se puede considerar que este *déficit* se colme o cuando menos se atenue por la consideración de que las tradiciones constitucionales comunes representan un mínimo denominador común de las constituciones de cada Estado miembro; por lo tanto, tienen su fundamento en las constituciones nacionales, cada una de las cuales, a su vez, es fruto de un proceso democrático.

Esta inversión del método, utilizado en la búsqueda de un fundamento democrático del derecho constitucional común europeo, quizás podría ofrecer una importante contribución a fin de desdramatizar la fuerte oposición, actualmente existente en la doctrina, entre posiciones “funcionalistas” y de posiciones por “adoptar” en torno al proceso constituyente europeo.

Por otro lado, hay que reconocer que el papel activo de la jurisprudencia en los procesos de producción normativa se debe no tanto a un exceso de protagonismo de los jueces; sino, más bien, a una evidente insuficiencia de actividad realizada por los órganos de decisión política.

En cualquier caso, aún censurando algunos casos de discriminación, la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos siempre ha reconocido la existencia de un amplio margen de apreciación en favor de los países miembros.

Esta orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, termina por responsabilizar aún más a los tribunales constitucionales nacionales, a los jueces comunes y a las autoridades administrativas competentes, llamándoles a desempeñar, en el marco examinado, un papel aún más decisivo.



La norma en el tiempo en el Derecho penal italiano

The Norm in Time in Italian Criminal Law

Massimo Luigi FERRANTE

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El tiempo es fundamental en el derecho penal en tanto que para identificar la Ley penal aplicable es necesario determinar el momento preciso en que se cometió el delito. La Constitución y el Código de derecho penal sancionan el derecho de la irretroactividad de la norma penal incriminadora. Se añade así el objetivo, no tanto de la certeza del derecho, pero se asegura y favorece al reo. El tiempo asume ulteriores y fundamentales connotaciones en otros casos: con el fenómeno del *abolitio criminis*, un hecho cometido durante la vigencia de una Ley penal incriminadora deja de tener relevancia penal en cuanto una norma sucesiva ya no lo considera delito; en la sucesión de Leyes penales, así como en la transición de la pena con prisión a la pena pecuniaria. Sin embargo, mientras la sucesión determinará la relevancia penal, el reo deberá ser castigado aplicando la disposición más favorable, con la *abolitio* así como en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley penal incriminadora el sujeto no responderá por el hecho que corresponde al objeto de la abolición.

Palabras clave: Norma, tiempo, derecho penal, Italia.

Abstract

Time is fundamental in criminal law because to identify the applicable criminal law, it is necessary to determine the precise moment at which the crime was committed. The constitution and the criminal law code sanction the right of irretroactivity for the incriminating criminal norm. Thus, the objective is added, not so much for the certainty of the law, but to secure and favor the prisoner. Time assumes ulterior and fundamental connotations in other cases: with the phenomenon of *abolitio criminis*, a deed committed during the validity of an incriminatory criminal law ceases to have criminal relevance when a successive law no longer considers it a crime; in the succession of criminal laws, as well as in the transition of punishment with prison to the pecuniary punishment. Nevertheless, while succession will determine the penal relevance, the accused ought to be punished by applying the most favorable disposition, with the *abolitio* as in the case of declaring the unconstitutionality of an incriminating criminal law, the subject will not respond for the deed that corresponds to the object of the abolition.

Keywords: Norm, time, criminal law, Italy.

GENERALIDADES

El fascinante tema del tiempo asume en el derecho penal una particular importancia para las implicaciones que puede tener sobre el futuro y en particular sobre la libertad personal de quien ha cometido un delito.

Se plantean en efecto delicadas cuestiones de derecho intertemporal que tienen como puntos de referencia el momento en que una norma penal ha entrado en vigor y aquél en que el sujeto ha tenido una determinada conducta, prevista en una ley como delito. Por las respuestas que el ordenamiento proporciona a la temática de la norma penal en el tiempo, se puede observar de manera significativa, el estado de civilización de un país en cuanto tales soluciones, como se ha dicho también, pueden incidir en la libertad personal de quien ha tenido una determinada conducta: se trata de cuestiones inherentes a la norma penal que pueden tener un peso decisivo en la cuestión de si el sujeto debe ser sometido a la pena privativa de libertad personal y, en caso afirmativo, sobre la de la duración de dicha pena.

ELTEMPUS COMMISSI DELICTI

Uno de los dos términos de referencia inherentes al tema del presente trabajo es, sin duda, constituido por el *tempus commissi delicti*¹.

En efecto, para individualizar la ley penal aplicable es necesario establecer en qué momento se haya cometido el delito.

A falta de una toma de posición del legislador italiano sobre el punto, se han propuesto a nivel interpretativo tres soluciones.

La *teoría de la conducta*, que considera el delito cometido en el momento en que se ha materializado su conducta, es decir, la acción o la omisión.

La *teoría del acontecimiento*, que considera el delito cometido en el momento de comprobación del acontecimiento, causalmente reconducible a la conducta.

La *teoría mixta*, que considera el delito cometido indistintamente en el momento de la conducta y en el momento del acontecimiento.

Las últimas dos teorías parecen discutibles.

Aquella centrada en el acontecimiento, se presta a diversas críticas. En primer lugar, existen delitos sin acontecimientos naturales y, en casos como estos, el *tempus* vuelve a estar vinculado a la conducta cometida.

La crítica de mayor importancia consiste en que la teoría del acontecimiento conduciría a una aplicación retroactiva de una norma penal incriminadora, todas las veces en las cuales la conducta sea llevada a cabo bajo el vigor de una ley y el acontecimiento que se haya producido bajo el vigor de una ley distinta.

1 Sobre este tema consideramos, *ex multis*: SINISCALCO (1965a). "Tempus commissi delicti", in: *Studi in onore di Antolisei*, III, Milano, 233; PAGLIARO (1999). "Legge penale nel tempo," *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1973, 1063; Id., "Tempus commissi delicti", *Enc. dir.*, XLIV, 82, Milano; GALLO, M (1999). "Appunti di diritto penale", Volume I, *La Legge penale*, Torino, p. 128; COMACCHIA, in: CANESTRARI- COMACCHIA, De S (2007). *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, p. 168; FIANDACA & MUSCO (2010). *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, p. 104; PULITANO (2011). *Diritto penale*, Torino, p. 614; MANTOVANI, F (2013). *Diritto penale, Parte generale*, Padova, p. 95; PALAZZO (2013). *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, p.163.

Por su parte, la teoría mixta es absolutamente no idónea para resolver el problema del *tempus commissi delicti* porque no proporciona un criterio cierto, dejando en buena sustancia al arbitrio interpretativo la indicación del momento crucial. Además, es razonable, en el caso de sucesión de normas penales incriminadoras, considerar cometido un delito indistintamente bajo la vigencia de dos normas distintas.

Parece, por lo tanto, preferible el criterio de la conducta: dado que el momento de la conducta es aquel en el que el sujeto pondrá en marcha el propósito delictivo, este momento es decisivo con referencia a la función de prevención general relacionada con la amenaza de la sanción punitiva.

Por supuesto, no todos los problemas están resueltos. En el caso de delito permanente, caracterizado por la persistencia de una situación ilícita voluntariamente eliminable por el reo, *quid juris*? Dicho con otras palabras: es necesario tener en cuenta el último momento que sirve de soporte a la situación ilícita o, en cambio, del momento del primer acto que da inicio a la consumación del delito permanente?

La doctrina dominante opina en el primer sentido, incluso si no faltan voces de signo contrario.

Este *modus opinandi* implica precisas consecuencias: si durante un secuestro de una persona se intensifica el tratamiento sancionador para dicho delito, se debe aplicar la norma posterior que prevé una pena más rigurosa, dado que los reos fueron conscientes de la agudización del crimen y a pesar de todo han proseguido su actividad delictiva.

LA PROHIBICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL INCRIMINADORA

El art. 25º, IIº párrafo, de la Constitución italiana (COST.) Dice: « *Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido* ».

Por su parte el art. 2º, Iº párrafo del Código Penal italiano (c.p.) dispone textualmente: « *Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en el que se cometió, no constituía delito* ».

Los dos textos son en buena sustancia equivalentes y ambos sancionan el principio de la irretroactividad de la norma penal incriminadora². Este principio, más que garantizar la certeza del derecho, parece destinado a garantizar al reo. En particular, en el caso de delito castigado con pena de prisión, viene de tal modo protegida su libertad personal.

Desde el punto de vista teórico, pocos problemas se plantean al observar el fenómeno basado en una *nueva incriminación*, en el sentido de la previsión de un delito que antes no estaba previsto.

El principio se aplica también a impedir que una norma posterior al hecho, ya previsto como delito, que contenga una disciplina menos favorable al reo, pueda encontrar aplicación.

2 Sobre el punto: SINISCALCO (1965b). *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, p. 95; PODO (1971). "Successione di leggi penali", *Noviss. dig. pen.*, XVIII, Torino, p. 667; CARACCIOLI (1973). "Legalità ed irretroattività in tema di leggi tributarie", *Dir. prat. trib.*, p. 205 ss.; GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 111; FIANDECA & MUSCO (2010). *Op. cit.*, pp. 85; MANTOVANI, F (2013). *Op. cit.*, p. 81.

**LA ABOLITIO CRIMINIS. LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL
DESPENALIZADORA**

El IIº párrafo del art. C.P., prevé un principio en un cierto sentido similar a aquel ahora considerado: el principio de la retroactividad de la norma que suprime un determinado delito³.

En este caso, un hecho cometido durante la vigencia de una norma penal incriminadora, cesa de tener relevancia penal en cuanto una norma posterior no lo considerará más delito. Es el fenómeno de la *abolitio delictis*, es decir, la supresión de una incriminación anterior.

El principio encuentra su fundamento en la consideración que no tendría sentido castigar al reo por un hecho que no es más considerado por el legislador como un delito. Esta observación, resulta aún más evidente en el caso de un sujeto al que se le está descontando en la actualidad una pena de prisión por lo que al momento de la Comisión era considerado delito pero posteriormente no. Vistas estas consideraciones, parece del todo coherente lo dispuesto en el párrafo aquí examinado, en el sentido de que también en caso de sentencia de condena pasada en *judicatio la abolitio* vence lo sentenciado: "... *si ha habido condena, cesan la ejecución y los efectos penales*".

Un aspecto particular, se refiere a la *abolitio* de normas que van a integrar el precepto penal. Es el caso de los llamados elementos normativos, jurídicos, los cuales imponen el aplazamiento de una norma distinta a aquella incriminadora. Pensemos en el concepto de "*alteridad*" de la cosa en virtud del art. 624º..c.p., en materia de robo: para saber si la cosa es "del otro" es preciso dirigir la mente a las normas civiles en tema de propiedad. Piénsese en la calumnia: el art. 368º c.p. se refiere a la conducta de quien culpa a alguien de un "delito" sabiéndolo inocente; el carácter de delito o menos de lo asignado al sujeto que se sabe ser inocente, se desprende de otras normas penales incriminadoras.

En este sentido, hay que plantearse la siguiente pregunta: en caso de que permanezca intacta la norma penal incriminadora pero cambie la norma sobre la cual se basa el elemento normativo *quid juris*?

La *communis opinio* es que no haya *abolitio* porque los elementos normativos habrían limitada la repercusión en el precepto penal y por tanto, no se vería menos el *disvalor del hecho*. Es el caso de quien durante en la así llamada República de Saló acusó falsamente de un delito incumplido con el reestablecimiento de la legítima autoridad sobre los territorios sometidos a la legislación de la R.S.I.

Distinto es el caso de las normas penales en blanco, caracterizadas por el hecho de que el precepto se especifica en base a otras normas jurídicas y por lo tanto la ley llamada en causa termina por ser parte integrante del precepto: con la derogación de la norma invocada también se pierde el juicio de desvalor del hecho.

LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES

Gran parte de las hipótesis aquí consideradas se caracterizan por el hecho de que una ley introduce una nueva *fattispecie* delictiva o que una ley "elimina", *rectius* suprime, una *fattispecie* ya prevista.

3 Sobre este punto, véase: PEDRAZZI (1960). "Ai limiti tra incostituzionalità ed abrogazione", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 902ss.; VASSALLI (1983). "Abolito criminis e principi costituzionali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 377ss.; GAMBARDILLA (2008). *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli; GATTA (2008). *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano.

Igualmente, están previstas situaciones en las cuales se puede hablar de sucesión de normas penales incriminadoras⁴.

En estas situaciones se suceden normas que, aún considerando el mismo hecho como delito, incluyen previsiones diferentes. En estos casos, el legislador se inspira en el principio del *favor rei* (que no es otro que el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, consagrado, a juicio de quien escribe, en el sistema penal italiano por los párrafos del art. 13° Cost.⁵), en el sentido de que se debe aplicar la norma más favorable.

En este contexto, en el art. 2° C.p. están previstas dos situaciones: A) condena a pena privativa de libertad y posterior ley que para ese delito que prevé una pena pecuniaria (art. 2°, III° párrafo, c.p.); B) sucesión de leyes penales de las cuales se debe aplicar la más favorable (art. 2°, IV párrafo).

A) El pasaje de pena de prisión a pena pecuniaria

El III° párrafo del art. 2° c.p. ha sido introducido recientemente (l. 24 febrero de 2006, n° 85) y dispone textualmente: « *Si ha habido condena a pena privativa de libertad y la ley posterior prevé exclusivamente la pena pecuniaria, la pena de prisión impuesta se convierte inmediatamente en la correspondiente pena pecuniaria, en virtud del art. 135° c.p. »*.

La particularidad de esta disposición está representada por el hecho de que la sucesión de una ley menos favorable (la que prevé la pena de prisión) de una más favorable (la que prevé la pena pecuniaria) no se ve obstaculizada por el paso de cosa juzgada de la sentencia. Antes del 2006, es decir, antes de la ley hace unos instantes citada, se aplicaba la disposición actualmente prevista en el IV° párrafo del art. 2° c.p., (en la época del III° párrafo): debía aplicarse la disposición más favorable pero con el límite representado por el pasaje de la sentencia definitiva; después de esa transición la norma posterior más favorable no habría podido encontrar aplicación.

Con el nuevo III° párrafo, en el caso de condena definitiva a pena de prisión, esta pena se convertirá automáticamente en pena pecuniaria, pero con un mecanismo especial y discutible: no se aplica la "nueva" pena pecuniaria pero se convertirá la prisión impuesta sustituyendo en virtud del art. 135° c.p. cada día de pena de prisión con 250 euros.

Pensemos en un ejemplo concreto: el art. 299° preveía el delito de vilipendio a la bandera, castigado con pena de prisión de uno a tres años y la L. n° 85 del 2006, que ha introducido la actual

4 Sobre este punto, véase: GROSSO, CF (1960). "Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1210ss.; PALATANO (1975). "Reato permanente e successione di leggi penali nel tempo", *Giur. merito*, II, p. 54ss.; PADOVANI (1982). "Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma c.p.", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1354 ss.; SIRACUSANO, P (1993). "Successione di leggi penali, I, Messina, 1988; SEVERINO DI, B (s/f): "Successione di leggi penali nel tempo", *Enc. giur. Treccani*, XXX, p. 1ss.; DEL CORSO (1999). "Successione di leggi penali", *Dig. disc. pen.*, XIV, p. 82 ss.; PULITANO (2002). "Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1270ss.; DI MARTINO (2003). "Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore", *Dir. pen. e proc.*, p. 533ss.; MICHELETTI (2006). *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino; ALAGNA (2007). *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna; PECORELLA (2008). *L'efficacia nel tempo della legge penale*, Milano; MUSCO (2009). "La sucesión de las leyes penales en el tiempo", *Revista penal*, n° 24, p. 135ss.

5 Sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal como principio básico del sistema penal italiano, del que dependen los otros principios del derecho penal previstos explícitamente en la constitución italiana (reserva de ley, la irretroactividad de la norma penal incriminatoria, taxatividad, determinación, personalidad), permítase la referencia a FERRANTE, ML (2012). "A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale", *Arch. pen.*, maggio-agosto, p. 587ss.; Id. (2013). "Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal", *Revista penal*, n° 31, enero, p. 70ss.; Id. (2014). *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, Napoli.

IIIº párrafo del art. 2º. c.p., ha previsto en cambio una contravención castigada con la multa de 100 a 1000 euros; en la hipótesis de pena de prisión de un año, ésta se convierte en una multa calculada multiplicando 250 por 365, con el resultado, claramente superior al máximo previsto en el nuevo art. 299º.c.p., de 91.250 euros! Distinto es el caso en que la sentencia no era todavía firme: se aplicaría la pena de multa prevista por el nuevo texto en el límite máximo de 1000 euros.

B) La “Tradicional” sucesión de leyes penales en el tiempo

El actual IVº párrafo del art. 2º. C.P. (antes de la reforma del 2006, IIIº párrafo) dispone textualmente: “*Si la ley del tiempo en el que se cometió el delito y las posteriores son diferentes, se aplicará las disposiciones son más favorables al reo, salvo que se haya dictado sentencia irrevocable*”.

Esta es la hipótesis “tradicional” de sucesión de leyes en el tiempo en cuanto prevista en el texto originario del código penal del 1930 y ya prevista en IIIº párrafo del art. 2º del Código Penal de 1889 (denominado código Zanardelli).

En este caso, el hecho no adquiere *ex novo* o no pierde posteriormente su importancia penal: mantiene esta importancia pero cambia la disciplina a raíz de la sucesión de dos o más leyes penales. La norma aquí considerada, según la opinión preferible⁶, ya formaba parte de la “Constitución material” bajo el vigor del Estatuto albertino y, según el autor⁷, fue “constitucionalizada”, al menos en lo que respecta a los delitos castigados con penas de prisión, en virtud del párrafo del art. 13º Cost., que consagra el principio de inviolabilidad de la libertad personal y por tanto el principio del *favor rei*.

Una de las características de esta sucesión es la inviolabilidad de la cosa juzgada: como se ha visto, el límite infranqueable es precisamente el paso de cosa juzgada de la sentencia. Este límite parece desproporcionado con respecto al poco antes mencionado principio de la inviolabilidad de la libertad personal, que encuentra concreción también en el principio de retroactividad de la norma penal más favorable.

El fenómeno podrá asumir distintos aspectos.

1) Una norma posterior a la vigente en el momento de la comisión del hecho contiene una disciplina menos favorable respecto a la norma anterior: se aplica la norma anterior en cuanto más favorable, siendo además no aplicable la posterior, en virtud de la prohibición de retroactividad de la norma penal anteriormente vista.

2) Una norma posterior contiene en cambio una disciplina más favorable: se aplicará ésta aunque haya entrado en vigor después de la comisión del hecho, porque en este caso no puede considerarse válido la prohibición establecida en el IIº párrafo del art. 25º de la Constitución⁸.

3) Más de dos normas penales incriminadoras se suceden en el tiempo: se aplicará la que a raíz de su comparación resulte más favorable.

Dicho esto, es evidente que un aspecto decisivo es el de determinar dentro de las “normas en batalla” cuál es la norma más favorable.

6 En tal sentido GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 119ss.

7 Permitase la referencia a FERRANTE, ML (2014). *Op. cit.*, p. 156ss.

8 Sobre los límites en el principio de retroactividad de la norma más favorable considerar: Corte cost., sent. nº. 236 del 2011, in: www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do. En este aspecto, considérese también: VIGANO (2012). “Retroattività della legge penale più favorevole”, in: GAROFOLI, T (Ed) (2012). *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, p. 144ss.

Es preciso decir, en seguida, que la evaluación debe ser realizada *en concreto*, es decir, considerando el caso específico: el juez comparando las normas concretas y teniendo en cuenta las características del hecho concreto, deberá identificar la norma más favorable.

Si se piensa en la hipótesis de dos normas, una, anterior, con el mínimo pecuniario más bajo pero con el máximo pecuniario más alto con relación a una norma posterior, que posea el mínimo pecuniario más alto y el máximo más bajo: teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el juez deberá aplicar la primera cuando considere aplicable al hecho, el trato punitivo mínimo; viceversa aplicará la segunda si considera el hecho grave y su autor meritorio del máximo de la pena.

Lo que no puede hacer el juez, es una especie de *sumario* en el cual incluir las partes más favorables de las normas en cuestión: ello arrojaría una tercera Ley de creación jurisprudencial, en armonía con el principio de reserva de ley. Por tanto, el juez debe decidir cuál ley, *en su totalidad*, aplicar al caso concreto.

LA DISTINCIÓN ENTRE SUCESIÓN Y ABOLICIÓN

Por lo hasta ahora dicho, parece evidente la diferencia de fondo entre *abolitio* y *successio legis*: en el primer caso, el sujeto no responderá del hecho correspondiente a la *fattispecie*, objeto de abolición; en el segundo caso, en cambio el hecho no dejará de tener importancia penal pero el reo deberá ser castigado aplicando la disposición más favorable.

En algunos casos, no se plantean problemas en cuanto parece evidente la despenalización. Piénsese en la transformación de un delito, en un ilícito administrativo. En otros, surgen por el contrario delicadas cuestiones.

Un caso de gran importancia se refirió al delito de interés privado en actos de oficio. La l. 26 de abril 1990, n.º 86 abolió el art. 324º del C.P., que preveía expresamente el delito mencionado anteriormente, pero al mismo tiempo reformuló el art. 323º. Del C.P. (primero tenía mero carácter residual) de manera que hace considerar a la Corte de Casación, que no hubiese existido *abolitio* del interés privado en actos de oficio, a pesar del claro contenido literal del art. 20º de la L. 26 de abril 1990, n.º 86, sino una *successio* respecto al nuevo abuso de oficio⁹.

Resulta evidente la necesidad de establecer si se está en presencia de una o de otra.

En este sentido fueron elaborados varios criterios.

A) Continuidad del tipo de ilícito

El criterio se basa en comparar las dos normas en lite: si la posterior, reproduce el contenido ofensivo de la anterior, hay sucesión en virtud del IVº párrafo del art. 2º. c.p.; en cambio, si se observa una solución de continuidad porque la nueva norma no reproduce el contenido ofensivo del anterior, hay abolición. Parámetros de evaluación serían el interés protegido y las modalidades de agresión al bien. Por eso, existiría sucesión en caso de que subsistan idénticos estos elementos. En una versión de este criterio, el juicio está centrado en el caso *concreto*. La Casación, en pleno, han recurrido a este criterio para la cuestión antes mencionada del interés privado en actos de oficio¹⁰.

A este criterio, sin embargo, ha sido criticada por una cierta vaguedad y extensión.

9 Cass., S.U., 20 giugno 1990, *Foro it.*, 1990, II, p. 637ss, con nota crítica de Fiandaca.

10 Cass., S.U., 20 giugno 1990, *Op. cit.*

B) Continencia

Un criterio seguramente más restrictivo es el de la plena continencia, basado sobre una relación estructural entre las *fattispecie abstractas consideradas*: hay sucesión sólo cuando la *fattispecie* subsiguiente, sea *íntegramente contenida* en la posterior, de lo contrario, hay abolición.¹¹

Al contrario de lo anterior, el criterio en cuestión fue objeto de críticas en cuanto demasiado restrictivo.

C) Especialidad

Para resolver la *quaestio* se ha propuesto un criterio más amplio que el de la plena continencia, aunque con puntos de contacto con este último, a partir de la necesidad de realizar una comparación entre las *fattispecie abstractas*¹².

El criterio está vinculado a la temática del concurso aparente de normas coexistentes. Se trata del criterio de especialidades consagrado en art. 15º. del C.p. (*Lex specialis derogat legi generali*): una norma es especial respecto a otra si contiene todos los elementos de esta última con más al menos un *elemento especializante*. Por lo tanto la norma especial tiene un ámbito de aplicación más restringido, respecto a la norma general por vía de este elemento.

El criterio en cuestión se utiliza para lo que se refiere al problema aquí considerado, partiendo, cabe insistir, de una comparación entre *estas fattispecie abstractas*.

Cuando la norma *derogada* prevea una *fattispecie* abstracta, con los caracteres de la *especialidad*, en relación a otra *fattispecie* introducida simultáneamente o también con respecto a otra *fattispecie* ya existente en el ordenamiento, se está en presencia de una sucesión de leyes en el tiempo.

Se cita como ejemplo (incluso si ahora está superado por la reintroducción con la L. n.º. 94 del 2009 del delito de injurias a público oficial) la intervención realizada con la l. n.º. 205 de 1999 que había derogado el art. 341º. c.p.

Lo que aparentemente era una *abolitio*, no era otro que una *successio*, porque a pesar de la intervención legislativa seguía existiendo una *lex generalis* respecto del art. 341º.c.p., constituida por art. 594º. c.p. en tema de injuria. En efecto, la ofensa no es otra que una injuria especial por vía de la calificación de la persona ofendida y por vía de los requisitos adicionales de este caso, ahora solicitados por el art. 341º *Bis* c.p.

Es válido el criterio de especialidad y hay sucesión también en el caso inverso al ahora considerado, es decir, aquel en el cual la norma *derogada* sea *general respecto* a la *especial* ya existente o introducida simultáneamente en la derogación.

En este caso, la sucesión de las leyes en el tiempo abarcará la parte de *fattispecie* que mantiene su relevancia penal. Ya que mientras la norma derogada, siendo general había un ámbito más amplio, la ley especial, por vía de caracteres específicos tienen necesariamente un ámbito más restringido.

Ejemplo. El art. 1º, párrafo 1º de la l. n.º. 516 de 1982, preveía la multa por falta de la declaración de la renta, en caso de que el contribuyente, aunque sólo por culpa, no presentaba la declaración anual de los ingresos, cuando el importe de los ingresos, no declarados sobrepasaba los cien

11 En tal sentido en jurisprudencia: App. Palermo; 29 maggio 1990, *Foro it.*, 1990, II, p. 637.

12 En tal sentido: PADOVANI (2012). *Diritto penale*, Milano, p. 42ss.

millones de liras. Dicha multa fue derogada por l. n.º. 74 del 2000, que sin embargo, ha introducido al mismo tiempo un caso de falta de omisa declaración, dolosa y caracterizada por la superación del umbral del impuesto evadido de 150 millones de liras (77.468,53 euros). El ámbito de aplicación de este caso es más reducido que el anterior en cuanto especial frente a la general de la l. n.º. 516 de 1982. Una vez abolida esta última, la *successio* ha sido configurable respecto a las hipótesis incluidas también en la nueva fattispecie, más restringida en cuanto dolosa y caracterizada por la superación del umbral del último indicado, además referida a la evasión y no a cuanto lo no declarado.

LAS LEYES EXCEPCIONALES Y TEMPORALES

El Vº párrafo del art. 2º. del C.p. establece: *"si se trata de leyes excepcionales o temporales, no se aplicarán las disposiciones de los párrafos precedentes"*¹³.

Por lo tanto, no se aplican entonces las disposiciones anteriormente vistas al tema de *abolitio delicti* y de sucesión de leyes penales en el tiempo, que están previstas en los párrafos siguientes al I (que se consagra el principio de irretroactividad) para el cual, por supuesto, vista la previsión constitucional al IIº párrafo del art. 25,º no se admitirá excepción.

Las Leyes excepcionales son las promulgadas a fin de hacer frente a situaciones de emergencia.

Las leyes temporales son las que indican el plazo final de su eficacia.

Todas estas leyes tienen en común el hecho de que se destinarán a durar por un período limitado. La diferencia es que, en las leyes excepcionales este período no es indicado con precisión, debiendo durar mientras dura la emergencia, mientras que en aquellas temporales, el período es exactamente determinado.

La *ratio* de esta previsión se encuentra en que las nuevas incriminaciones o el trato punitivo más riguroso introducido por estas leyes, serían exentos de eficacia general preventiva si, a la expiración del plazo o a la desaparición de la emergencia fuera posible aplicar disposiciones más favorables por vía de la restablecida eficacia de las otras leyes.

Por esta razón, el Vº párrafo del art. 2º. c.p. deroga a la retroactividad, estableciendo lo que se ha impropriamente llamada ultra-actividad de la ley excepcional o temporal. Se trata de una expresión inexacta en cuanto la ley excepcional o temporal no extiende su vigor, al margen de su período temporal de vigencia, sino que se refiere sólo a los hechos cometidos en este período.

LAS DERECHOS-LEY CADUCADOS O NO CONVERTIDOS EN LEY

El VIº Y último párrafo del art. 2º. c.p. dispone: « Las disposiciones de este artículo se aplicarán también en los casos de caducidad o de falta de ratificación de un decreto-ley y en los casos de un decreto-ley convertido en Ley con enmiendas »¹⁴.

Esta norma no planteaba problemas antes de la entrada en vigor de la Constitución, porque la norma anterior era que el Decreto-ley no convertido, perdiera eficacia no retroactivamente sino des-

13 Sobre el punto ver: TRAPANI (1982). "L'art. 20 L. 7 gennaio 1929, n.º. 4º e la cosiddetta ultrattività delle norme penali tributarie", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 230ss; GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 53.

14 Sobre el punto ver: MELCHIONDA (1984). "Norme penali favorevoli al reo e mancata conversione del decreto-legge", *Ind. pen.*, p.176ss.

de el momento de la expiración del plazo para la conversión. El art. 77º, IIIº párrafo, de la COST., establece la norma inversa en base a la cual los decretos no convalidados pierden eficacia desde el comienzo, excepto la posibilidad para el legislador de regular mediante ley las correspondientes relaciones jurídicas.

Frente a esta situación, el Tribunal Constitucional italiano consideró con sentencia nº. 51 de 1985 la ilegitimidad del párrafo en cuestión «...*En la parte en la que hace aplicable a las hipótesis previstas en él las disposiciones contenidas en los párrafos 2º y 3º del mismo art. 2º. c.p. 15º*».

Hay que observar que en esa época el IIIº párrafo contenía las disposiciones actualmente contenidas en el IVº párrafo y por lo tanto, la sentencia prohíbe la retroactividad de la norma abrogadora, contenida en un Decreto no convertido y la aplicación de una norma penal más favorable, también ella contenida en un Decreto ley no convertido.

Así pues, tras este pronunciamiento, las disposiciones en examen, inspiradas en el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, no deberían encontrar aplicación.

La cuestión se refiere, por ello, a las hipótesis en las que el Decreto no convertido haya derogado este caso de delito o haya introducido un trato más favorable.

Para afrontarlo, es necesario distinguir entre *hechos acaecidos* respecto de la entrada en vigor del Decreto no convertidoy *hechos cometidos en el período de vigencia del mismo* (llamados *hechos concomitantes*).

En cuanto a los primeros (hechos acaecidos) *nulla quaestio*: la pérdida de la eficacia retroactiva (*ex nunc*) del Decreto no encuentra límites. El ciudadano no puede haber confiado sobre la disciplina introducida en el Decreto-ley, habiendo sucedido el hecho antes de la entrada en vigor del mismo.

Bien distinto es el discurso en cuanto a los hechos concomitantes, es decir, los hechos cometidos en el período comprendido entre la emanación del Decreto y el vencimiento del plazo de 60 días para la conversión: las opciones de aquellos que han puesto en ser hechos que en base al Decreto no eran más considerados delitos o gozaban de un tratamiento sancionador menos riguroso, han sido indudablemente influidos por la normativa dictada por el Decreto, que durante ese período es ley penal a todos los efectos.

En este caso, la pérdida de eficacia retroactiva debe ser modulada.

En efecto, la opinión más aceptable es aquella que *para los hechos concomitantes se deben aplicar las normas más favorables contenidas en el Decreto-ley, aunque ha decaído*.

Se consideran las distintas hipótesis.

A) El Decreto no convertido había abolido una norma penal incriminadora. En las moras de conversión cualquier hecho subsumible en la fattispecie prevista por la norma derogada es penalmente irrelevante. Sólo después de transcurrido vanamente el plazo previsto en el art. 77º de la Constitución, la norma penal provisionalmente suprimida, retoma vigor *ex tunc*. Esta norma no es aplicable a los hechos cometidos durante el vigor del Decreto no convertido, de lo contrario *se violaría la prohibición de retroactividad de la norma penal incriminadora*, como se ha visto anteriormente, constitucionalmente consagrado.

b) El Decreto no convertido contenía normas penales más favorables.

Es un razonamiento análogo al llevado a cabo *sub a*): cualquiera que haya actuado en vigencia de la *lex mitior* tiene el derecho de ser tratado en base a la disciplina más suave, de lo contrario, se violaría la prohibición de retroactividad de la norma penal incriminadora.

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA NORMA PENAL INCRIMINADORA

Aunque no se pueda hablar en el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de hipótesis de sucesión de leyes en el tiempo, sin embargo, las dinámicas son similares y por lo tanto, merecen ser tratadas en el mismo contexto¹⁶.

El art. 136° de la Constitucional dispone: «*Cuando el Tribunal declara la ilegalidad constitucional de una norma de ley o de un acto que tenga fuerza de ley, la norma dejará de tener efecto el día siguiente a la publicación de la decisión*».

¿Qué ocurre con la hipótesis en la que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma penal incriminadora con referencia a hechos cometidos antes de dicha declaratoria?

La respuesta se encuentra en una ley no constitucional, es decir, la l. n. 87 De 1953 que en el art. 30°, párrafos III° y IV°, dispone: «*Las normas declaradas inconstitucionales no podrán tener aplicación el día siguiente a la publicación de la decisión. Cuando en la aplicación de la norma declarada inconstitucional se ha dictado sentencia irrevocable de condena, expira la ejecución y todos los efectos penales*».

Por lo tanto en el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma penal incriminadora, la disciplina es similar a la de la *abolitio delictis*, con superación también de la cosa juzgada.

Un caso ilustrativo es el de declaratoria de inconstitucionalidad del art. 603° P., que preveía el delito de plagio, realizada con la sentencia n°. 96 de 1981¹⁷: los condenados con sentencia firme para tal, indefinido, delito, que descontaba la pena, vieron cesar la ejecución de la misma y todos los efectos penales.

Aunque no se tratara de una norma constitucional, el IV° párrafo del art. 30° de la l. n. 87 de 1953 parece perfectamente en línea con el art. 13° Cost. y el art. 25°, II° párrafo de la COST., a la luz de la inviolabilidad de la libertad personal.

El verdadero problema se tiene, cuando la norma declarada inconstitucional, es favorable al reo. El Tribunal constitucional se ha atribuido, con sentencia n°. 394 de 2006, el poder de declarar la inconstitucionalidad de una "norma penal de favor", por ella entendida como norma que establezca para determinados sujetos o hipótesis, un tratamiento penal más favorable del que resultaría de la aplicación de normas penales generales o comunes (por ejemplo: previsión discriminante de causas de no punibilidad, de causas extintivas del delito)¹⁸.

16 Sobre este punto, véase: GALLO, M (1956). "La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della norma penale incriminatrice", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 723ss.; PARODI, G (1982). "Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 915ss.

17 Corte const. 8 giugno 1981, n°. 96, in: www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do.

18 Corte cost., sent. n°. 394 del 2006. Sobre tal sentencia ver: Di GIOVINE (2007). "Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n°. 394 del 2006 sui falsi elettorali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 100ss.; PECORELLA (2007). "Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 343 ss. VASALLI (1983). *Op. cit.*, p. 377ss. VIGANÒ (2012). *Op. cit.*, p. 144ss.

A pesar del hecho de que el mismo Tribunal ha aclarado que la norma de favor declarada ilegal, debe encontrar aplicación a los hechos cometidos bajo su vigencia (los llamados hechos concomitantes) y no a los hechos acaecidos (a semejanza de lo visto en el tema de decretos-ley no convertidos), no se pueden ocultar las dudas en orden a esta "autoatribución" del poder de afectar negativamente la libertad personal del reo, libertad que el art. 13º Constitucional declara inviolable y cuyas limitaciones son atribuidas al legislador estatal y no a los jueces de la consulta.



Derechos y tiempo de las personas físicas

The Rights and Time of Physical Persons

María PORCELLI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El derecho utiliza el "tiempo" como el umbral de asignación de derechos y deberes: el nacimiento, el cumplimiento de la mayoría de edad, a menos que no sea establecida una edad diferente. Se adquiere, según el código, la capacidad de realizar actos jurídicos de manera desvinculada de la madurez afectiva del sujeto. El legislador, fija la edad, pero no tiene en cuenta absolutamente la madurez del sujeto. El criterio temporal realiza el paso de la titularidad de los derechos al ejercicio concreto de los mismos. Existen circunstancias excepcionales que plantea el legislador que anticipan el posible ejercicio de los derechos: el menor emancipado, la capacidad de trabajo del menor de edad, las declaraciones de voluntad no negociables, las declaraciones de juicio y las de deseo. Incluso en estos casos, se generaliza el abstracto criterio temporal desligado de una efectiva y conciente capacidad de reflexión. Sería deseable vincular las normas del código con las normas constitucionales. Siguiendo el ejemplo de la reforma en materia de filiación (escuchar al niño), de modo que se consienta al mismo el ejercicio de aquellos derechos necesarios para realizar el pleno y libre desarrollo de su personalidad, reconsiderando todos los límites de edad predeterminados por el legislador de una manera rígida, evaluando la capacidad el sujeto de tomar decisiones y presentar comportamientos. Por tanto, se debería mirar más que al "tiempo legal" al tiempo "real".

Palabras clave: Derecho, tiempo, Edad, menor.

Abstract

Law utilizes time as a threshold for assigning rights and duties: birth, reaching adulthood, unless a different age is not established. According to the code, one acquires the capacity to carry out legal actions in a manner that is detached from the affective maturity of the subject. The legislator fixes the age, but does not take into account absolutely the maturity of the subject. The temporal criterion takes the step of titularity for rights through their concrete exercise. Exceptional circumstances exist that the legislator proposes, which anticipate the possible exercise of these rights: the emancipated minor, the capacity for work by a minor, declarations of non-negotiable will, declarations of judgment and of desire. Even in these cases, the temporal abstract criterion detached from an effective and conscious capacity for reflection is generalized. It would be desirable to link the norms of the code with constitutional norms, following the example of reform in matters of filiation (listening to the child), so that it accords the child the exercise of those rights necessary for realizing the full and free development of his/her personality, reconsidering all the age limits predetermined by the legislator in a rigid manner, evaluating the capacity of the subject to make decisions and present behaviors. Therefore, one should look more at real time than at legal time.

Keywords: Law, time, age, minor.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES ESTÁN MARCADOS POR LA TEMPORALIDAD¹.

Las previsiones de límites de edad de las cuales o sobre las cuales se permite o se prohíbe a las personas llevar a cabo ciertos actos, de hecho, acompañan a las personas desde el nacimiento hasta la muerte². El mismo art. 1º del c.c., en la consideración del nacimiento como momento atributivo de la capacidad jurídica³, subordina a tal evento el reconocimiento de los derechos de los no nacidos⁴, sometiendo después a la mayoría de edad el cumplimiento de "todos los actos para los que no se establece una edad diferente" (artículo 2º, párrafo primero, c.c.)⁵.

El derecho utiliza el cómputo de tiempo, entonces, como un medio atributivo de derechos y deberes: la obtención de la mayoría de edad, umbral de tiempo abstracto, se convierte en el instrumento mediante el cual el ordenamiento decide si o no atribuir a una persona ciertos derechos, ignorando, como se observa, que la maduración psíquica de los individuos ocurre a diferentes niveles de edad⁶.

La edad afecta, por lo tanto, la capacidad real o la incapacidad de la persona física; así que, la adquisición de la capacidad para realizar actos jurídicos, resulta completamente desvinculada de una investigación concreta acerca de la efectiva madurez del sujeto y anclado sólo al límite de edad prefijado por el legislador.

Entonces, la evaluación del crecimiento mental de los sujetos se elude así mediante un sistema indirecto y de presunción⁷ que utiliza un mero criterio temporal para darse cuenta, en la asigna-

- 1 Sobre la relación entre los derechos y el tiempo ver, entre otros, COTTA, S (1981). "Diritto e tempo, linee di una interpretazione fenomenologica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 119ss; BREONE, M (1994). *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Laterza, Bari., especialmente p. 33ss; HUSSERL, G (1998). *Diritto e tempo, Saggi di filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano; CAPOZZI, G (2000). *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*. Jovene, Napoli. Sul concetto di tempo quale «problem[a] constant[e] della riflessione filosofica e scientifica» cfr. SINI, C (1981). "Tempo", in: *Enciclopedia filosofica*. Milano, pp. 925-926.
- 2 De acuerdo con una doctrina autoritaria, la edad permite que el individuo - entidad extrajudicial - entre en el sistema de los fenómenos jurídicos: FALZEA, A (1939). *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Giuffrè, Milano, p. 26. De manera más general, sobre la relevancia de la edad para el derecho ver PANUNZIO, S (1989). "Età (dir. pubbl.)", in: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. XIII. Roma. p. 1ss., considera la edad "dato de la personalidad" y, más precisamente, "un atributo de la persona que hace parte de un (simple) hecho jurídico", RUPERTO, C (1967). "Età (dir. priv.)", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVI. Giuffrè, Milano. pp. 85-86. Para el efecto de la edad sobre la aplicación práctica y efectiva de valor persona., ver TAFARO, L (2003). *L'età per l'attività*. ESI, Napoli, una precisa reflexión sistemática en torno a los límites de edad, su pertinencia y su eficacia, en especial con respecto a los menores de edad y los ancianos.
- 3 FALZEA, A (1960). "Capacità (teoria generale)", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VI. Op. cit., p. 10, define la capacidad jurídica como la idoneidad para asumir un comportamiento jurídico. Ver PUGLIATTI, S (1943). *Gli istituti di diritto civile*. Vol. I. t. 1. Giuffrè, Milano, especialmente p. 131, que habla de la capacidad como un "resumen de cada reactividad o sensibilidad jurídica del sujeto [que] esboza la posición más general del sujeto como tal en el mundo jurídico". Más definiciones en MARTINO, M (2009). "Sub art. 1", in: SESTA, M (2009) (a cura di). *Codice della famiglia*. Vol. I. Giuffrè, Milano. p. 277.
- 4 La literatura al respecto es abundante. Véase, entre muchas contribuciones, SANTORO PASSARELLI, F (1940). *Lineamenti di diritto civile*. Cedam, Padova, especialmente p. 19; RESCIGNO, P (1988). "Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti", *Rivista di diritto civile*. p. 795.
- 5 Sobre este punto ver observaciones críticas de RESCIGNO, P (1958). "Capacità di agire", in: *Novissimo digesto italiano*. Vol. II. Utet, Torino. p. 862; ID. (1988). "Capacità di agire", in: *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione civile*. Vol. II. Utet, Torino. pp. 213-214. Ver también: CANDIAN, A (1960). *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Istituto editoriale cisalpino, Milano-Varese. p. 69; STANZIONE, P (1975). *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. ESI, Camerino-Napoli. spec. pp. 44 y 299.
- 6 TAFARO, L (2003). *Op cit.* pp. 17-21.
- 7 AULETTA, G (1960). "Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VI. Op. cit., pp. 79-80.

ción de los derechos, del cambio de titularidad en el ejercicio concreto de la misma⁸. Más específicamente, se hace una presunción *iuris et de iure*⁹; presunción de que si, por un lado, tiene sin duda el mérito de proteger al sujeto y a los terceros contra actos, por así decirlo, perjudiciales¹⁰, por el otro lado, siempre cree que el menor de edad no tiene la capacidad de discernimiento y por lo tanto, es incapaz de darse cuenta del significado y el alcance de su comportamiento¹¹.

LAS ASÍ LLAMADAS HABILIDADES ESPECIALES, CUÁLES CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SON EL RESULTADO DE UNA GENERALIZACIÓN A PARTIR DE UN CRITERIO TEMPORAL ABSTRACTO

El curso del tiempo en la asignación de derechos a los individuos no pretende, sin embargo, ser un hecho relevante independientemente de la ley¹². Y esto es lo que parece, en algunos casos, estrechamente vinculado con el interés que es el punto de referencia para la tutela jurídica (o protección legal)¹³.

Se considera, en este sentido, al menor emancipado (artículo. 84 cc), donde la adquisición de una capacidad limitada para actuar (art. 394 cc), con su relativa terminación de la patria potestad¹⁴, se justifica "principalmente por causa de la incompatibilidad que se establece entre la pertenencia a

- 8 Sobre la distinción entre la titularidad y el ejercicio de las situaciones jurídicas subjetivas, en la doctrina más remota, ver FERRARA, F (1921). *Trattato di diritto civile italiano*. Vol. I. t. 1. Roma. especialmente p. 459. Cfr., più di recente, PERLINGIERI, P (2014). *Manuale di diritto civile*. ESI, Napoli. pp. 92-93; 137, donde se afirma que "para las situaciones subjetivas personales y personalísimas, que pueden definir como existenciales [...] titularidad y realización coinciden con la existencia misma de valor, tanto es así que, al menos para esas situaciones, no tiene sentido distinguir entre la capacidad jurídica (momento de la titularidad) y la capacidad de actuar (momento del ejercicio)". Considera las dos expresiones del todo equivalentes RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, p. 862, "que expresa un hecho no una potencialidad; y también no expresa dos ideas diferentes; porque el disfrute es ejercicio en sí mismo". En una dirección similar COVIELLO, N (1929). *Manuale di diritto civile italiano (parte generale)*. Società Editrice Libreria, Milano. spec. p. 144.
- 9 El autor analiza, en este contexto, "la Convención" FERRARA, F (1921). *Op. cit.*, p. 460.
- 10 Ver sobre todo GIORGIANNI, M (1987). "In tema di capacità del minore di età", *Rassegna di diritto civile*. p. 109.
- 11 Sobre el punto ver, BUSNELLI, FD (1982). "Capacità ed incapacità di agire del minore", in: *Diritto di famiglia e delle persone*. Giuffrè, Milano. p. 54ss
- 12 Ver, en este sentido, SANTORO PASSARELLI, F (1971). *Dottrine generali del diritto civile*. Jovene, Napoli. p. 111: "es inexacta la inclusión habitual del tiempo en la categoría de hechos jurídicos, catalogado como uno de los más importantes hechos de la naturaleza"; tiempo "no es sino una relación, una manera de ser el hecho: no es en sí un hecho". En dirección similar también TRIMARCHI, M (1973). "Termine (dir. civ.)", *Novissimo digesto italiano*. Vol. XIX. p. 96, que muestra cómo la evaluación jurídica del paso del tiempo realizada por el ordenamiento jurídico tiene siempre como un punto de referencia, el interés humano y no su modalidad. En el paso del tiempo como un hecho jurídico ver CARNELUTTI, F (1951). *Teoria generale del diritto*. Ed. del Foro italiano, Roma. p. 206; MESSINEO, F (1957). *Manuale di diritto civile e commerciale*. Giuffrè, Milano. p. 450.
- 13 Sobre la necesidad de dar prioridad a los intereses concretos subyacentes necesita ser entendida como exigencia "de los bienes y valores a realizar", ver el influyente pensamiento de BETTI, E (1962). "Interesse (teoria generale)", *Novissimo digesto italiano*. Vol. VIII, Utet, Torino, especialmente p. 839.
- 14 Sobre este punto ver., en la doctrina más reciente, FIGONE, A (2014). *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Giappichelli, Torino; RECINTO, G (2013). "Legge n° 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", in: *Il diritto di famiglia e delle persone*. n° 4. pp. 1475ss. Permitase una referencia a PORCELLI, M (2014). "La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione", in: *Il diritto di famiglia e delle persone* (en prensa).

una nueva familia y el sometimiento a sus padres o tutores¹⁵. Considerese también la capacidad de trabajar en el ordenamiento jurídico vigente que se adquiere antes de la mayoría de edad¹⁶.

De manera más general, se piensa en las declaraciones de voluntad sin negociación¹⁷ o en las declaraciones de juicio o del deseo que la ley requiere con frecuencia a los menores de edad. El Artículo 348 del c.c., por ejemplo, en su nueva formulación, el párrafo tercero, establece que “la Corte, antes de proceder a la designación de un tutor, dispone la escucha del menor que ha alcanzado la edad de doce años o menos cuando tenga poder de discernimiento”. Además, el artículo 250 del c.c. establece, en su párrafo segundo que el mayor de catorce años debe dar su consentimiento al reconocimiento tardío.

En éstos y otros casos¹⁸, la referencia a una determinada edad es el medio por el cual la voz del “incapaz” se convierte en una verdadera expresión de consentimiento o disenso jurídicamente relevante para el juez¹⁹.

Así, a partir de los ejemplos mencionados más arriba se muestra que nuestro ordenamiento ofrece diversas hipótesis sobre la capacidad de los menores de edad²⁰, sin embargo, no se puede dejar de mencionar que estas predicciones se caracterizan no sólo por el carácter de excepcionalidad²¹, sino que son siempre el resultado de una generalización basada en un criterio temporal abstracto que no prueba la existencia, en un caso concreto, de una efectiva y consciente capacidad de discernimiento²².

15 En estos términos JANNUZZI, A & LOREFICE, P (2006). *La volontaria giurisdizione*. Giuffrè, Milano, especialmente p. 225.

16 Ver L. 17 de Octubre 1967, n° 977 – *Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti* (en G.U. del 6 de noviembre de 1967, n° 276).

17 De acuerdo con la doctrina predominante, para tales actos, es suficiente la capacidad de discernimiento; y esto se debe a que, en ausencia de disposiciones específicas, la referencia es a la capacidad requerida por el art. 2046 del Código Civil para el acto ilícito: ver, entre otros, SANTORO PASSARELLI, F (1940). *Op. cit.*, p. 38; RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, pp. 865-866. In una diversa prospettiva, cfr. FALZEA, A (1960). *Op. cit.*, pp. 197-198, especialmente la nota 100.

18 El mayor de catorce años puede pedir al tribunal que designe un tutor especial para promover la acción de desconocimiento de la paternidad o de impugnación de falso reconocimiento (arts. 244, párrafo 4 y 264 cc).

19 La ley, por lo tanto, no parece requerir la capacidad de actuar en todos esos actos y comportamientos humanos que “ponen en juego y llevan a cabo sólo el interés del sujeto agente” o para aquellos que apuntan a eliminar la responsabilidad de su autor (se piensa en el cumplimiento), o para aquellos actos que, aunque exija una actividad de negociación, tienen una limitada importancia económica (por ejemplo, la compra de revistas, libros, ropa, y así sucesivamente). De lo contrario, es necesario el requisito de la capacidad de actuar para todos “esos actos y conductas en relación con los cuales la ley impone la cualidad del sujeto como condición de validez”: FALZEA, A (1960). *Op. cit.*

20 A veces la edad es el fundamento justificativo de la atribución, que sin embargo no afecta a la capacidad del sujeto, de las situaciones legislativas, por así decirlo, de favor (inmunidades especiales, privilegios, concesiones, etcétera), ver: TAFARO, L (2003). *Op. cit.*, p. 56ss.

21 Tienen naturaleza excepcional las disposiciones normativas que le dan la capacidad de actuar en “edades diferentes” a la mayoría de edad STANZIONE, P (2010). “Sub art. 2”, in: PERLINGIERI, G (Ed). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. ESI, Napoli. p. 174: “Si la ley permite poner un acto jurídico a una edad inferior, se está frente a un caso de capacidad para actuar especial”.

22 Sobre la noción de capacidad de discernimiento, ver *infra*, especialmente la nota: 27.

ADECUACIÓN DE LA TRADICIONAL DICOTOMÍA CAPACIDAD JURÍDICA-CAPACIDAD PARA ACTUAR EN RELACIÓN CON LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD. OPORTUNIDAD DE VOLVER A LEER LA DISCIPLINA SOBRE LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS EXPRESADOS EN LA CONSTITUCIÓN (Arts. 2º y 3º). NECESIDAD DE EVITAR GENERALIZACIONES INOPORTUNAS VERIFICANDO DE TIEMPO EN TIEMPO LA RAZONABILIDAD DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO EN RAZÓN DE LA EDAD

En el escenario brevemente trazado, en relación solamente con las ideas de la legislación más importante, surge una referencia constante por parte del legislador, en la atribución o no de un derecho respecto de la edad. Este último, como requisito previo de la capacidad de actuar, permite que el derecho a adoptar "un solo término para todos los individuos, liberando [sin embargo] el término mismo de cualquier consideración subjetiva, por supuesto, varía de un individuo a otro"²³.

Lo cual lleva inevitablemente a cuestionar la idoneidad de las categorías jurídicas tradicionales, primero indicadas en relación con situaciones de tipo existencial²⁴ y, más en particular, sobre la idoneidad de la dicotomía legal capacidad jurídica-capacidad para actuar en relación con la condición jurídica del menor de edad²⁵. Esto se debe a que no se puede negar que éste último, a menudo, incluso antes de la mayoría de edad, estar equipado con una adecuada capacidad de discernimiento²⁶ que, especialmente con referencia a las relaciones jurídicas, hace que sea perfectamente capaz de ejercer los derechos relativos a sí mismo²⁷. Si, parece seguro decir que, en presencia de los derechos que están más allá de la esfera patrimonial, el art. 2º c.c. debe leerse en conjunción con los ar-

23 En estos términos, RUPERTO, C (1967). *Op. cit.*, pp. 85-86. Ver además: BELVEDERE, A (1980). "L'autonomia del minore nelle decisioni familiari", in: AA.VV. (1980). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di De Cristofaro e Belvedere. Giuffrè, Milano. p. 321ss.

24 En este sentido, durante algún tiempo, PERLINGIERI, P (1982). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. ESI, Napoli, especialmente p. 139.

25 Cuestionamiento a la doctrina conocido desde hace algún tiempo: véase, en este punto, BUSNELLI, FD (1982). "Capacità ed incapacità di agire del minore", p. 54ss; GIORGIANNI, M (1987). *Op. cit.*, p. 103ss; STANZIONE, P (1975). *Op. cit.*, *passim*; GIARDINA, F (1984). *La condizione giuridica del minore*. Jovene, Napoli, especialmente p. 67ss; BUSSANI, M; CENDON, P; GHEDINI, L & VENCHIARUTTI, A (1990). "I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio", *Rivista critica di diritto privato*. p. 776ss; PALMIERI, G (1992). "I «minori» tra diritto e società", *Rivista critica di diritto privato*. p. 269ss. Y ver más recientemente: BONAMINI, T (2011). "Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale", *Famiglia persone successioni*. n.º. 11. p. 769ss.

26 Sobre el concepto de capacidad de discernimiento ver PERLINGIERI, P (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. ESI, Napoli. p. 735ss; STANZIONE, P (1975). *Op. cit.*, especialmente p. 363ss; ID, (1988). *Capacità (diritto privato)*, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. V. p. 24, donde el a. define la capacidad de discernimiento no en términos de "categoría dogmática, sino como valoración de casos de la situación global del menor en relación con el acto individual, la elección existencial individual" que el niño está en edad de hacer. El concepto de la capacidad de discernimiento ver también RUSCELLO, F (2011). "Minore età e capacità di discernimento; quando i concetti assurgono a 'supernorme'", *Famiglia e diritto*. n.º. 4. p. 404ss. Por último, para una crítica cuidadosa de la noción de capacidad para discernir qué categoría general es abstracta contrapuesta a la capacidad jurídica, ver: IANNELLI, A (1984). *Stato della persona e atti dello stato civile*. ESI, Camerino-Napoli, especialmente p. 129.

27 Ver ampliamente, CINQUE, M (2007). *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*. Cedam, Padova, especialmente pp. 98ss-177ss; sobre el punto ver también, además de las contribuciones ya mencionadas: BUSNELLI, FD (1982). *Op. cit.*, p. 54ss; GIORGIANNI, M (1987). *Op. cit.*, p. 103ss; VERCELLONE, P (2002). "La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni", in: *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Paolo Zatti. Vol. II. *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani. Giuffrè, Milano. p. 978ss; VILLA, G (2007). "Potestà dei genitori e rapporti con i figli", in: *Trattato Bonilini e Cattaneo*. Vol. III. Utet, Torino, especialmente p. 337, nota: 157; RUSCELLO, F (2007). "La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali", in: *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger. Giuffrè, Milano, especialmente p. 35.

tículos 2º y 3º Const.²⁸, para consentirle al menor de edad el ejercicio de aquellos derechos que, en tanto se refieren a la esfera personal, son necesarios para lograr el pleno y libre desarrollo de su personalidad²⁹.

En este contexto, se debe reconsiderar todos los límites de edad predeterminados por el legislador de una manera rígida³⁰, comprobando de vez en cuando, la capacidad real del menor de edad para tomar e implementar decisiones y comportamientos relacionados con situaciones subjetivas de las que se trata³¹, a través de la evaluación de su capacidad de discernir; noción esta última dinámica y respetuosa de las peculiaridades subjetivas. De esa manera, redimensionaría las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar - que, entre otras cosas, como se sabe, "surgen como categorías justificadas por la lógica patrimonial de los negocios"³² - a favor de una valoración caso por caso que mira al menor de edad como portador de los intereses cuya realización deberá ser principalmente salvaguardada³³.

HACIA LA VALORIZACIÓN DE LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO. LA CONTRIBUCIÓN DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA DE LA FILIACIÓN

Al menos en el sentido esbozado parece haberse movido el legislador de la reforma de la filiación³⁴ que, a raíz del legislador europeo e internacional³⁵, ha dado la debida importancia a la capacidad de discernir del menor de edad.

28 PERLINGIERI, P (1982). *Op. cit.*, especialmente pp. 117-118; 139.

29 Ver PERLINGIERI, P & STANZIONE, P (2014). "Minore età e potestà dei genitori", in: PERLINGIERI, P (2014). *Op. cit.*, p. 145 ss que, en oposición a la opinión tradicional, consideran, durante mucho tiempo, "el niño como "sujeto" de derecho y no como "objeto" de la responsabilidad parental. Ver también PERLINGIERI, P (2005). "Persona e comunità familiare", in: ID. *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, especialmente pp. 391-392. Ver también: RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, p. 86 ss; FALZEA, A (1960). *Op. cit.*, especialmente p. 12; STANZIONE, P (1980). "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", *Rassegna di diritto civile*, p. 462ss.; OPPO, G (2002). "Declino del soggetto ed ascesa della persona", *Rivista di diritto civile*, p. 829 ss; RUSCELLO, F (2006). "La potestà dei genitori", in: SESTA M y CUFFARO V (Ed). *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale. Collana Cinquant'anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. ESI, Napoli. p. 429ss. Y también una amplia referencia en materia de jurisprudencia constitucional reciente, ver: CHIARELLA, ML (2008). *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Soveria Mannelli.

30 Es necesario verificar, de tanto en tanto, la razón del tratamiento normativo diferenciado en razón de la edad: PERLINGIERI, P (1982). *Op. cit.*, p. 117ss.

31 PERLINGIERI, P (1990). "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", *Rassegna di diritto civile*, pp. 95-96., también en: STANZIONE, P (ED) (1991). *Anziani e tutele giuridiche*. ESI, Napoli. p. 103ss.

32 En estos términos, PERLINGIERI, P (2012). "Sull'ascolto del minore", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, n.º. 2. p. 128: "en presencia de los derechos que no son patrimoniales, titularidad y ejercicio no pueden no coincidir". Ver en la misma dirección: MESSINETTI, D (1979). "Oggetto dei diritti", in: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano, p. 825.

33 PERLINGIERI, P (2005). *Op. cit.* pp. 391-392.

34 Sobre los cambios introducidos la literatura hoy es muy abundante. Ver en la doctrina más reciente, PANE, R (Ed) (2014). *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*. ESI, Napoli. Permitase, además, una referencia a PORCELLI, M (2013). "Note preliminari allo studio sulla unificazione dello stato giuridico dei figli", *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.º. 2. p. 654ss; ID, (2013). "Riforma dello status di filiazione e diritto successorio", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, n.º. 2. p. 112ss.

35 La previsión según la cual el menor de edad debe ser escuchado en todos los procedimientos relacionados con él, y en consecuencia, la referencia a su capacidad de juzgar, que se encuentran en el art. 12, párrafos 1 y 2 de la Convención de 1989 de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece la garantía al "niño capaz de discernimiento el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan" y sus opiniones "deben ser tomadas en consideración teniendo en cuenta que de su edad y grado de madurez "; el artículo 3 del Convenio de Estrasburgo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los menores habla de "un menor de edad que es considerado por la ley como

La referencia es, en particular, a las disposiciones de los artículos 315 bis y 316 del Código Civil que marcan la entrada definitiva en el ordenamiento jurídico vigente del derecho del niño a ser escuchado, incluso a la edad de doce años, cuando esté dotado con la capacidad de discernimiento, destinadas a la protección de sus intereses³⁶.

La escucha del menor se convierte en un momento importante "en todas las cuestiones y procedimientos relacionados con él," asegurándose de que, en relación con el ejercicio de los derechos relativos a su vida personal, la capacidad de actuar se sustituya por la capacidad de discernimiento como un concepto dinámico vinculado con la edad³⁷.

Este punto de vista, entre otros, no es en absoluto ajeno al sistema de justicia de menores³⁸ que --- consciente de la excesiva rigidez de la dicotomía de la capacidad-incapacidad para actuar,

para tener una comprensión suficiente", así como el art. 6 del Convenio de Estrasburgo de 2003; artículo 13 de la Convención de La Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores permite que la autoridad niegue la medida anterior al retorno "si comprueba que el propio menor se opone a la restitución y haya alcanzado una edad y madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su opinión"; artículo 24, párrafo 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que "los niños [...] pueden expresar libremente sus opiniones; esto se tiene en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez"; artículo 6 de la Convención de Oviedo al referirse a la legislación nacional para la determinación de las condiciones de capacidad del paciente menor de edad, dice que "en los casos en que de acuerdo con la ley un menor de edad no tenga la capacidad de dar su consentimiento para una intervención, ésta sólo puede hacerse con la autorización de su representante, u otra persona o autoridad designada por la ley" y que las opiniones del niño "se consideran elemento crucial en función de la edad y nivel de madurez".) En la literatura, ver PERLINGIERI, P (2012). Op. cit. p. 125ss; SERGIO, G (1999). "L'ascolto del minore e la giustizia", *Famiglia e diritto*. n.º 6, p. 590ss. En el derecho, para las referencias útiles sobre el derecho a ser oído antes de la inserción en el código civil de referencia normativa, ver Cass., 10 giugno 2011, n.º 12739, in: *Famiglia e diritto*. 2012. n.º 1. p. 37 ss. con nota di Tommaseo; Cass., 19 ottobre 2011, n.º 21651, *Foro it.* 2012. n.º 3. I. c. 821ss; también, in: *Famiglia persone successioni*. 2012. n.º 6. p. 426ss, con una nota de Gorini.

36 Sobre el contenido de la expresión "interés superior del menor", ver: DOSI, G (1995). "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Diritto di famiglia e delle persone*. p. 1604 ss; FERRANDO, G (1998). "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali", *Politica del diritto*. p. 167ss; QUADRI, E (1999). "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Famiglia e diritto*. p. 80 ss; CHIAPPETTA, G (2009). "Introduzione al volume La convenzione sui diritti dell'infanzia: conoscerla per rispettarla e farla rispettare", *Quaderni sociali*, Catanzaro, 2009, especialmente p. 9; más recientemente: BOCCHINI, F (2013). *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*. Giappichelli, Torino, especialmente p. 235ss. En diferentes definiciones trazadas en textos legislativos; ver: DENTI, L & DANOVI, A (2000). "L'interesse del minore nella legislazione e nella giurisprudenza italiane", in: POCAR, V & RONFANI, P (Ed) (2000). *L'interesse del minore nella legge e nella pratica - Esperienze nazionali a confronto*, Guerini Scientifica, Milano, p. 167ss. Más específicamente, sobre el papel del niño en los procedimientos de adopción ver, RECINTO, G (2011). "Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità", *Rassegna di diritto civile*. p. 1161ss y otras referencias. Sobre el papel de la evaluación del interés del menor en las acciones relativas al establecimiento de su estado me permito, por último, una llamada a PORCELLI, M (2012). "La contestazione e il reclamo dello status di figlio legittimo", *Diritto di famiglia e delle successioni*. p. 1751 ss.. De la primacía de los intereses de los hijos es circunspecto incluso el legislador que, como es bien sabido, a partir de finales de los noventa se ha elevado a un principal punto de referencia para todas las decisiones que le conciernen: pensar a l. n.º 149/2001 en materia de adopción, adoptabilidad y potestad, a l. n.º 154/2001 para las órdenes de protección contra la violencia intrafamiliar, o más, la legislación introducida por l. n.º 54/2006 en materia de custodia compartida de los hijos. No puede olvidarse, también, como primera señalado (ver nota 36) el papel desempeñado por el derecho convencional (ver. Art. 3º de la Convención de Nueva York, ratificado por l. n.º 176/1991) y europea (ver art. 24º de la Carta de Niza), que siempre ha de elevar el criterio del interés superior del hijo, sobre todo el menor, a criterio pre-eminentemente de juicio en todos los procedimientos relativos al mismo.

37 Ver en la literatura más reciente, SCAGLIONE, F (2014). "Ascolto, capacità e legittimazione del minore", in: *Il diritto di famiglia e delle persone*. n.º 1. pp. 426-427.

38 Nos referimos, en particular, a Trib. min. Milán, 15 de febrero de 2010, in: *Famiglia e diritto*. 2011. p. 401ss, con nota de F. Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supernorme*. Ver también Trib. Min. Milán, 21 de enero de 2011, en bases de datos jurídicas on line. En la misma dirección ver también Trib Roma, 11 de marzo de 2011, *Famiglia y derecho*. 2012, pp. 499 ss, con una nota de M. G. Ruio, *Personas menores de edad y los cambios en la identidad sexual*.

frecuentemente adopta soluciones mediadas por la capacidad de discernimiento del menor de edad, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada caso individual³⁹.

COMENTARIOS FINALES

Las consideraciones llevadas a cabo hacen que parezca evidente de inmediato la inadecuación, en relación con el ejercicio de las situaciones existenciales, de las categorías tradicionales descritas, por la falta de idoneidad de éstas últimas para capturar todas las situaciones de la vida material⁴⁰.

Debe ser superada, entonces, la separación estricta, que se traduce en una alternativa legal formal, entre minoría y mayoría de edad, entre incapacidad y capacidad⁴¹. El contraste entre capacidad e incapacidad para actuar y entre capacidad e incapacidad de discernir y de desear, especialmente en las relaciones no patrimoniales, no se corresponde con la realidad⁴², como resultado de una metodología excesivamente abstrayente y generalizante⁴³. El mismo concepto de capacidad debe ser modulado y graduado, pero el instrumento no puede ser la edad, sino la capacidad de discernimiento.

La capacidad de entender, querer, discernir, son expresiones de la evolución gradual de la persona que, como titular de los derechos fundamentales, por definición, no transferibles a terceros, deben ser colocados en posición de ejercerlos paralelamente a su efectiva idoneidad, no justificándose la presencia de obstáculos de derecho o de hecho que impidan el ejercicio⁴⁴: el proceso gradual de maduración del menor de edad, como se ha mencionado varias veces, conduce a la progresiva realización de inseparabilidad programática entre titularidad y ejercicio en situaciones existenciales⁴⁵.

39 Ver GENTILE, F (1987). "La controversia alle radici dell'esperienza giuridica", in: PERLINGIERI P (Ed) (1987). *Soggetti e norma, individuo e società*, ESI, Napoli. pp. 143-144: "el conocimiento jurídico no se contempla nunca separado del propósito práctico de la aplicación y no se considera completo si es distinto del impacto con el caso concreto, con el hecho histórico que regula"; ID: *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, p. 216ss. Sobre la controversia como una "medida dialéctica" del ordenamiento jurídico ver: ID, (2005). *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*. Cedam, Padova. p. 46ss.

40 Son palabras de FALZEA, A (1982). "I fatti giuridici della vita materiale", *Rivista di diritto civile*. pp. 523-524.

41 Ver GIORGIANNI, M (1987) *Op. cit.*, p. 137ss.

42 Difusamente PERLINGIERI, P (1982). *Op cit.*, p. 103ss.

43 Ver PERLINGIERI, P (1993). "Un dialogo ravvicinato tra scuole diverse", in: *Rassegna di diritto civile*. pp. 734-735, que niega que se puede atribuir "valor ontológico" a "fuerte proceso de abstracción y generalización conceptual", que puede, a lo sumo, reconocerse un "papel ordenador e instrumental." Ver también, ALPA, G (1993). *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*. Laterza, Roma-Bari.

44 PERLINGIERI, P (2003). "Diritto alla famiglia e minori senza famiglia", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*. pp. 306-307.

45 Por lo tanto PERLINGIERI, P (1994). *Profili del diritto civile*. ESI, Napoli. p. 227; y también: ID: (1980). "Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi", in: *Vita notarile*. pp. 1041ss, ahora también in: PERLINGIERI, P (2005). *Op. cit.*, pp. 295-296, sugiere "una nueva formulación, relativa y no rígida de capacidad, de imputabilidad, en una conexión más cercana si la identidad no es completa entre la titularidad y el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales y en una superación de nociones (como la capacidad de actuar) - nacido para proteger los intereses principalmente patrimoniales- que no se adapta bien a situaciones existenciales, que están estrechamente relacionadas con la misma dignidad de la persona humana".

Utopía y Praxis Latinoamericana. Año 19, No. 67 (2014), pp. 37 - 45

Es necesario, por tanto, realizar una investigación sobre la base de caso por caso y con el fin de determinar específicamente si en el sujeto individual está presente o no la aptitud requerida. La referencia viene a ser, por lo tanto, a la llamada edad real –que se opone a la edad legal– cuya evaluación es devuelta una y otra vez a la libre apreciación del juez⁴⁶.

46 TAFARO, L (2003). Op. cit., especialmente p. 20, nota: 23.



ESTUDIOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA ~ AÑO 19, Nº 67 (OCTUBRE-DICIEMBRE, 2014) PP. 47 - 58
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA IBEROAMERICANA Y TEORÍA SOCIAL
ISSN 1315-5216 ~ CESA - FACES - UNIVERSIDAD DEL ZULIA, MARACAIBO-VENEZUELA

El acceso al contrato de trabajo temporal en Italia después de la reforma de 2014

Access to the Temporary Work Contract in Italy after the 2014 Reform

Pasquale PASSALACQUA

Università di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El tiempo en el derecho laboral, por un lado, es prestación laboral; por el otro, es duración de eso mismo. En este segundo sentido, existe la *summa divisio* entre los empleos a tiempo determinado e indeterminado. El trabajo temporal es sinónimo de precariedad. La expectativa se mantiene en la relación laboral subordinada. El *flexsecurity* es el modelo nórdico casado con la legislación comunitaria. Hoy se habla de una *flexsecurity* pura y cruda por la fórmula estándar. En el tiempo determinado ha habido una limitación cuantitativa y cualitativa. La eliminación de la causal de justificación en el uso del trabajo de duración determinada deja preocupaciones abiertas entre juristas. El empleo atípico no ofrece las certezas y las perspectivas del subordinado. Algunos Estados han introducido la necesidad de justificar el trabajo de duración determinada en el sentido de la normativa comunitaria. La nueva Ley abandona las razones de justificación sustancial. La Corte de Justicia avala la tesis de la elección de una sola motivación que sustente el empleo subordinado. La conformidad del sistema italiano se verifica a la luz de lo que dicte la Comunidad.

Palabras clave: Trabajo, tiempo, derecho laboral, contrato.

Abstract

In labor law, time is rendering work on the one hand; on the other hand, it is the duration of the same. In this second meaning, the *summa divisio* exists among jobs that are for a determined and an undetermined time. Temporary work is synonymous with precariousness. Expectation is maintained in the subordinated labor relationship. Flexsecurity is the Nordic model married to communitarian legislation. Today, a flexsecurity that is pure and raw by the standard formula is mentioned. In determined time, there has been a quantitative and qualitative limitation. Elimination of the causal for justification in the use of work of a determined duration leaves concerns open among jurists. Atypical employment does not offer the certainties and perspectives of the subordinate. Some States have introduced the need to justify work of a determined duration in the meaning of communitarian regulation. The new Law abandons the reasons for substantial justification. The Court of Justice vets the thesis of choosing only one motivation that sustains subordinate employment. The conformity of the Italian system is verified in the light of what the community dictates.

Keywords: work, time, labor law, contract.

LA DIMENSIÓN DEL TIEMPO EN EL DERECHO LABORAL

Si el derecho ausar el tiempo como un instrumento que ordena las acciones humanas, el factor tiempo delimita el alcance de la experiencia concreta del trabajo humano, y por lo tanto, toca su esencia. La relación de trabajo es, de hecho, una relación jurídica “duradera”, destinada a durar por un tiempo y luego extinguirse.

La dimensión del tiempo se proyecta en la legislación laboral en dos direcciones. Por un lado, el tiempo de trabajo entendido como cantidad de prestación de servicios, que implica temas de horario de trabajo y tipos de trabajo a horario reducido como el trabajo a tiempo parcial y, por otro lado, el tiempo como duración del mismo.

En la segunda dirección, sobre la que queremos detenernos aquí, muestra la *summa divisio* entre las relaciones laborales por tiempo indefinido, sin la previsión de un final, que se extingue como resultado de la iniciativa de una o ambas partes y relaciones de trabajo de duración determinada, destinadas a desaparecer, en cambio, en una fecha tope predeterminada.

Con respecto a este último, vamos a detenernos, en particular, en la cuestión de las temporalidad de las oportunidades de trabajo, con especial referencia al último desarrollo reciente de la normativa nacional italiana en materia de contrato de trabajo subordinado a tiempo determinado.

LA TEMPORALIDAD DEL EMPLEO EN LA PERSPECTIVA COMUNITARIA DE LA FLEXISICURITY

La relación de trabajo temporal, en las diferentes formas jurídicas que puede adoptar sigue siendo sinónimo de precariedad, percibida como un valor negativo y una fuente de sufrimiento generalizado por parte de trabajadores¹. Por lo tanto, incluso de cara a una mayor aceptación de los períodos (al menos al principio en la carrera de la vida laboral activa), caracterizado por el trabajo discontinuo respecto al pasado, frente al *horror vacui* inherente a la temporalidad, la esperanza sigue siendo el puesto fijo, sin embargo, una relación de duración indefinida, de tipo subordinado, que satisfaga las expectativas y garantice una mayor protección para el trabajador.

Como señala el informe de la OIT² en 2014, la reciente evolución de las leyes nacionales referidas a las relaciones de trabajo de duración determinada refleja el dualismo generalizado del mercado de trabajo, en el que las mayores garantías para los trabajadores todavía están vinculadas a la celebración de un contrato de trabajo por tiempo indefinido³.

- 1 Ver que en la literatura sociológica se refiere a la última en GALLINO, G (2014). *Vite rinviata. Lo scandalo del lavoro precario*, Bari, y, previamente, el más extenso análisis realizado por ACCORNERO, A (2006). *San Precario lavora per noi. Gli impieghi temporanei in Italia*, Milán.
- 2 L'International Labour Organization (ILO), con sede en Ginebra, es el organismo de las Naciones Unidas que se ocupa de promover el trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana para hombres y mujeres. A tal fin, es el organismo internacional responsable de la adopción y aplicación de las normas internacionales del trabajo.
- 3 Ver OIT, *World of Work Report 2014 Desarrollo con empleos*, Cap. 6, “Developing with jobs, Labour and social protection institutions. Recent trends and impact on development”, p. 93 ss.

De cara a tal dualismo, en el marco más cercano a la Unión Europea, las políticas y la legislación comunitaria resultante, han abrazado durante mucho tiempo el modelo de la llamada *flexisicurity*⁴, fórmula derivada de la experiencia de los países nórdicos, que pretende abarcar el equilibrio entre las intervenciones dirigidas a disminuir la rigidez del mercado laboral, mediante un mayor espacio reconocido de formas “flexibles” de empleo, que deben tomarse en paralelo con otras medidas apropiadas para garantizar, de hecho, la seguridad en la relación y en el mercado para el trabajador, con el fin de reducir las molestias vinculadas a las oportunidades laborales discontinuas, no estables y, por lo tanto, sinónimo de precariedad⁵.

En un tema tan general y al mismo tiempo complejo, que se encuentra fuera de la economía de esta contribución, podemos limitarnos aquí a dejar constancia de que la reciente evolución en la normativa nacional sobre el mercado laboral en los Estados miembros de la UE, muestran una realización progresiva del primero de los dos paradigmas de la *flexisicurity*, el de la flexibilidad, o (en sus variantes de entrada, que nos interesa mayormente) el de la multiplicación de los tipos de contratos de trabajo más o menos distantes del tipo rígido general del contrato de trabajo por tiempo indefinido.

En cambio, con mucha mayor dificultad, especialmente en los países del sur de Europa, las medidas adoptadas se abordan con eficacia en el lado de la seguridad, para cuya realización no son suficientes modificaciones “abstractas” de la normativa, pero que suponen, sin embargo, una fuerte inversión pública, difícil de organizar en los continuos tiempos de crisis económica en los que vivimos⁶. En estos países, en particular, aún se carece de medidas eficaces para proteger a los desempleados en el mercado laboral, como la asistencia adecuada, formación, recalificación profesional, para favorecer su reinserción en el mercado laboral⁷.

En el reciente debate, en conclusión, se habla de una flexibilidad realizada “pura y dura”, con el fin de llevar a muchos a creer que ahora es una cláusula de estilo, incluida en todas las recientes reformas de la legislación laboral en la Unión Europea, con el abandono de la confianza inicial en su aplicación⁸.

- 4 La «Flexisicurity» es una palabra que combina el adjetivo “flexible” y el sustantivo “security”. Los lingüistas clasifican entre las palabras “acronimia”, que son a saber, la reducción de una secuencia de palabras en una sola palabra que conserva sólo la parte inicial de la primera y la última parte de la última, ver NOVELLI, S (s/f). “Flexisicurity”, in: *l'Enciclopedia Italiana, Parole dell'economia*, www.treccani.it.
- 5 Sobre el concepto de flexiguridad, recientemente, CARUSO, B & MASSIMIANI, C (2008). “Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea”, *C.S.D.L.E.* “Massimo D'Antona”. INT-59/2008, que exige la elaboración de Ton Wilthagen y Frank Tros, adquirida a nivel comunitario, de nuevo a considerar el flexisicurity: *a policy strategy that attempts, synchronically and in a deliberate way, to enhance the flexibility of labour markets, the work organization and labour relations on the one hand, and to enhance security – employment security and social security – notably for weaker groups in and outside the labour market on the other hand* (WILTHAGEN, T & TROS, F (2004). “The concept of ‘flexisicurity’: a new approach to regulating employment and labour markets”, *Transfer*, 2, p. 169).
- 6 Ver sobre el tema una vasta literatura, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M (2013). “Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica”, *Riv. giur. Lav.*, I, p. 521ss.; y, en una perspectiva más amplia, TREU, T (2013). “Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi”, *Dir. lav. rel. ind.*, 4 spec. p. 610 ss. y otras referencias incluidas.
- 7 Así RODRÍGUEZ-PIÑERO, M (2013). *Op. cit.*, p. 529.
- 8 Ver LOY, G (2013). “Oltre la flessicurezza”, *Riv. giur. lav.*, I, p. 479ss, y otras referencias.

El debate general sobre la *flexisecurity*, encuentra, en relación del género a la especie, los efectos directos en lo más limitado de la disciplina del contrato de trabajo a término. Así que incluso en Italia, se trata de tomar conciencia de los límites de un debate sobre el contrato de trabajo que se centra exclusivamente, o casi exclusivamente, en las condiciones que legitiman el uso y las posibles reflexiones judiciales de estas condiciones, o sobre el aspecto relativo al grado de flexibilidad tolerado que la legislación nacional introduce.

De hecho, en el lado de la seguridad, todavía hay muchos pasos a seguir para lograr un sistema de bienestar que sea verdaderamente eficaz, tanto en el bienestar público como en el privado-colectivo, sólo si se tiene en cuenta las dificultades que surgen del trabajo discontinuo⁹.

LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EL CONTRATO SUBORDINADO EN ITALIA HASTA LA ÚLTIMA REFORMA REALIZADA A TRAVÉS DEL D.L.N 34 DE 2014

En un contexto general como el descrito, en Italia se han desarrollado las normativas que han dado forma a la regulación del contrato de trabajo subordinado a un tiempo determinado.

En pocas palabras, las escasas normas establecidas por el Código Civil de 1942 en el art. 2097 se llegó a la ley n.º 230 de 1962, basado en el sistema de la llamada "Lista cerrada", es decir, las listas de supuestos imperativos que el empleador tiene derecho legítimo a celebrar un contrato de trabajo subordinado a un tiempo determinado.

La ley de 1962 ha sufrido muchas alteraciones y se mantuvo vigente en nuestra legislación hasta 2001, cuando fue sustituida por el Decreto Legislativo n.º 368 de 2001, que, incluso en el cumplimiento de la directiva comunitaria n.º 99/70 del 28 de junio de 1999, ha reescrito las reglas en este sentido¹⁰.

En la evolución de la legislación en materia de contratos de trabajo de duración determinada, esbozado en 2001 por el Decreto Legislativo n.º 368, que comenzó a partir de un enfoque basado en una limitación cualitativa del contrato de trabajo de duración determinada, legitimado sólo por la presencia de las razones previstas en el contrato¹¹ y, en consecuencia, limitado en la posibilidad de prorrogar el plazo inicial, y obligado por la imposición de intervalos entre un contrato y el siguiente, siempre garantizando la autenticidad de las "razones" que justifica.

La etapa intermedia de 2008 - en forma de l. n.º 247/2007, en vigor desde el 1º de enero de 2008 y luego revisado por D.L. n.º 112/2008 (convertido en Ley n.º 133/2008.) - se ha caracterizado por la adición de una cantidad límite, que consiste en la duración máxima total de 36 meses de contratos de duración determinada, incluidas las prórrogas y renovaciones.

9 Ver, en la misma perspectiva, ZOPPOLI, L (2014). "Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale", *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona". IT - 213/2014, p. 23.

10 Para una reconstrucción más profunda de la evolución de la legislación en materia de contrato de trabajo de duración determinada ver MENGHINI, L (2012). "L'apposizione del termine", in: MARTONE, M (Ed) (2012). "Contratto di lavoro e organizzazione t. I, Contratto e rapporto di lavoro," in: PERSIANI, M & CARINCI, F (2012). *Trattato di diritto del lavoro*, Padua, p. 212ss, y otras referencias incluidas.

11 De conformidad con el art. n.º 368º de 2001, en el texto original, la fijación de la duración del contrato era sólo permitida "frente a razones técnicas, productivas, o sustitutivas, aunque se relacionara con las actividades ordinarias del empleador".

Se ha llegado entonces a la “media reforma”, en relación con el primer contrato a término liberado por la causa, implementado con la ley Fornero de 2012 y las correcciones posteriores realizadas por el D.L.N. 76/2013 (convertido en la Ley n°. 99/2013).

Desde allí se ha llegado al ordenamiento actual a través del Decreto-Ley n°. 34/2014 (convertido en ley n°. 78 de 2014), que elimina *tout court* el sistema de las causales de justificación, de modo que la estipulación del contrato de trabajo a término, ahora, puede tener lugar libremente. Esto significa que las partes –empleador y empleado– tienen el poder de poner fin al contrato de trabajo, sin que su elección esté sujeta a la existencia de condiciones particulares de validez.

Se ha pasado, en definitiva, de una regulación ligada a la justificación insertada en cada contrato de trabajo, con todas las incertidumbres relacionadas con la evaluación ex-post de su adecuación, a un ajuste basado en criterios cuantitativos que retorna, sobre todo, la determinación de un número máximo de contratos a término otorgados a los contratos colectivos, o, en su defecto, a la ley, a través de la provisión de un límite legal de 20%¹².

El arribo definitivo al principio cuantitativo marca, por lo tanto, la transición de una visión, diríamos, *micro* de utilización del contrato individual de trabajo, confiada a la búsqueda a menudo difícil de la causal para el uso por parte del empleador, en cada caso, a un prospecto, en su lugar, *macro* de gestión global de oportunidades de trabajo temporal en las empresas.

En esta perspectiva, el legislador también ha intervenido en la disciplina de la extensión abriendo la posibilidad de extender el tiempo hasta cinco veces la extensión del contrato a término en lugar de la única prórroga anteriormente permitida¹³. Por último, se ha modificado mediante la ampliación de su ámbito de aplicación, las disciplina relativa al derecho de prioridad en los supuestos a favor de los trabajadores temporales ya empleados por el mismo empleador¹⁴.

EL ENFOQUE EN LA ELIMINACIÓN DE LA CAUSAL: EL ABANDONO DE LA INASIBLE TEMPORALIDAD INTRÍNSECA DE LA OPORTUNIDAD DE TRABAJO

Con respecto a cada intervención del legislador en materia de derecho laboral que produce una relajación de las restricciones anteriores es fácil, de hecho habitual en el contexto actual del mercado de trabajo se ha descrito anteriormente¹⁵, que se desarrollen críticas, movidas por la preocupación de un deterioro general de las condiciones de empleo y, en consecuencia, de la vida de los trabajadores.

En esta perspectiva, por tanto, la eliminación de la causal de justificación para recurrir al contrato de trabajo de duración determinada no ha dejado de suscitar en la opinión pública y en el ámbito más estrecho de los juristas involucrados en el asunto, la confusión generalizada y la censura abierta bajo diferentes perfiles. En particular, la eliminación de la causal constituiría un incentivo al abuso en

12 Art. 1°, n°. 368 del 2001, en el texto reformado en n°. 34 del 2014.

13 Art. 4°, primer párrafo, n°. 368 del 2001, en el texto reformado de n° 34 del 2014.

14 Art. 5°, apartados 4-C y 4-series del Decreto Legislativo n°. 368 de 2001, en el texto modificado por el l.d. n°. 34 de 2014. Sobre la nueva estructura de la legislación italiana sobre el contrato de trabajo temporal después de la reforma de 2014, ver, PANDOLFO, A & PASSALACQUA, P. (2014). *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Torino: BROLLO, M. (2014). “La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine”, *Arg. dir. lav.*, 3, p. 566ss. TIRABOSCHI, M & TOMASSETTI, P. (2014). “Il nuovo lavoro a termine”, in: TIRABOSCHI, M. (Eds) (2014). “Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014 convertito, con modificazione in l. 16 maggio, n° 78. ADAPT, Labour Studies, e-Book series n° 25 ADAPT University Press, p.1ss.

15 Ver, supra, par. 2.

la utilización de este tipo de contrato, el lugar del contrato de trabajo por tiempo indefinido, con aumento de las perspectivas de precariedad¹⁶.

En este sentido, por lo tanto, merece la pena detenerse antes con el fin de profundizar y, a continuación, evaluar la reforma general de 2014.

Del análisis de la normativa vigente se evidencia, de hecho, que el contrato de trabajo de duración determinada en Italia no ha sido totalmente liberalizado, ni puesto en el mismo plano el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que, según lo prescrito por la misma ley n.º 368 en la formulación actual "constituye la forma común de la relación laboral"¹⁷. Ahora, a la luz de la reforma de 2014 que, en pocas palabras, significa que el contrato por tiempo indeterminado es una forma de relación de trabajo que pueden multiplicarse sin límite numérico. En cambio, la limitación cuantitativa impuesta por la ley ahora, incluso en ausencia de una introducción especial de parte de la contratación colectiva¹⁸ es idónea para confirmar el contrato de duración determinada como una forma de relación sujeta a limitaciones cuantitativas, sino también de duración (36 meses en total) y, por lo tanto, no puede convertirse en la forma común; por el contrario, el contrato a tiempo determinado sigue siendo la forma común¹⁹.

En este nuevo contexto, la eliminación de la causal, es decir, la necesidad de explicar las razones por las que el empresario entra en un contrato de trabajo por un período determinado representa el clásico caso a través del cual el legislador echa por la borda bibliotecas enteras.

Y, en efecto, como ya se mencionó, en el equilibrio indicado en la legislación anterior, la prestación de trabajo ontológicamente temporal (por tiempo determinado) debía encontrar necesario reflejo en la intrínseca exigencia temporal corporativa, para declarar en el contrato a través de la explicación de las "razones de carácter técnico, productivo", con el fin de poder apreciar, a continuación, como requisito objetivo, derivado (a priori) de su uso en el contexto de la empresa.

La eliminación de este requisito ahora produce la superación del debate doctrinal y jurisprudencial copioso y ferviente desarrollado en Italia para el significado preciso que se atribuye a la causal general. Se ha examinado, en particular, sobre la necesidad o no de la temporalidad intrínseca de la oportunidad de trabajo para la cual las partes recurrieron al contrato de trabajo por tiempo determinado y han surgido posiciones fuertemente polarizadas, con una variedad de direcciones intermedias, lo que resulta en déficit generalizado de certeza, unánimemente registrado²⁰.

Ahora, sin embargo, la elección de las partes ya no depende de la existencia de una exigencia de algún modo "temporal", al ser comprobado, pero ahora se confía a su libre elección, o mejor, superando la hipocresía jurídico-formal, específicamente la del empleador, que puede proceder con el supuesto de contrato de trabajo de duración determinada también de un trabajador para ser utilizado

16 Ver, en esta perspectiva, ZOPPOLI, L (2014). *Il "riordino" dei modelli*, cit., p. 20ss., y con anterioridad con respecto a la versión original de la del n.º 34/2014, antes de las modificaciones introducidas por la ley de conversión n.º 78/2014, BALLESTRERO, MV (2014). "Così si scambia l'eccezione con la regola, *Lavoro&Welfare*", n.º. 4, p. 13, in: www.lavorowelfare.it; y SPEZIALE, V (2014). "Totale liberalizzazione del contratto a termine," *Lavoro&Welfare*, N.º. 4., p. 30.; in: www.lavorowelfare.it, p. 30ss.

17 Art. 1º, párrafo 01, n.º. 368 del 2001.

18 Art. 1º, n.º 368 del 2001, en el texto reformado en el n.º 34 del 2014.

19 Ver lo observado in: PANDOLFO, A & PASSALACQUA, P (2014). *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, p. 9ss.

20 Ver para una profunda reconstrucción del debate doctrinal y jurisdiccional, que ha relevado lo elusivo del concepto de temporaneidad, FRANZA, G (2010). *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milán, p. 209ss.

en tareas que son parte de las actividades permanentes o habituales que se realizan en la propia empresa.

Esa conciencia tiene la intención de validar la estructura de la legislación vigente, siendo conscientes de diversas limitaciones respecto de las cuales se mantiene el condicionamiento de la posible celebración de un contrato válido y legítimo de trabajo de duración determinada. La duración máxima, fijada en treinta seis meses, el porcentaje cuantitativo de su utilización, ahora presentes en todos los casos, las normas relativas a la prórroga, sobre la prohibición de utilización, los intervalos que deben observarse entre un contrato a plazo y el siguiente, permiten, en definitiva, esbozar un marco equilibrado²¹.

UNA PERSPECTIVA DINÁMICA DE LA LECTURA DE LA REFORMA

A través de un análisis de la reforma general de 2014, en la intención del legislador el nuevo ordenamiento, que se caracteriza por la eliminación de la causal de justificación preventiva del recurso del contrato de duración determinada, se quiere producir una simplificación de la gestión de la institución, lo que proporcionaría una mayor certeza, respecto a la ya remarcada incertidumbre generalizada en el pasado en relación con la presencia o ausencia de razones válidas que justifiquen la utilización del contrato con duración determinada, como reflejo de una técnica de regulación centrada en una norma legal de contenido genérico²².

La nueva estructura, siempre en el marco del legislador, debería así inducir a las empresas a utilizar con mayor frecuencia el instituto, en la perspectiva de un incremento en las tasas de ocupación regular y también como un puente para el empleo estable por un período indefinido²³.

Si tal perspectiva tal en este momento representa un juego de azar, ya que sólo los datos obtenidos de la vigilancia de los efectos provocados por la reforma de 2014 (prevista expresamente por la misma ley)²⁴ podrán demostrar los resultados producidos, debe, a nuestro juicio, sin embargo, tener en cuenta la reforma en una perspectiva, podríamos decir, no sólo estática, sino dinámica.

Y de hecho, si el punto de vista estático tiende a comparar el contrato subordinado a tiempo determinado sólo con el contrato de trabajo de duración indeterminada, en el supuesto de que éste siempre esté disponible como una alternativa real para el trabajador y derivándose la consecuencia obvia de la preferencia de este último, un tipo de perspectiva, sin embargo, dinámico, debe confrontarse con otros factores.

El valor y el sentido general de la reforma de 2014 no pueden prescindir, de hecho, de la consideración de la estructura general del mercado de trabajo nacional, donde todavía está muy extendido el fenómeno de la llamada "fuga" del trabajo subordinado por parte de las empresas que, atraídas por los costos generales más bajos, tanto en términos puramente económicos como respecto a los costos indirectos derivados de una mayor protección garantizada a los trabajadores dependientes, a veces son presionados a la utilización de formas de trabajo no subordinado que, a veces, no superan

21 Sobre estos aspectos, solo en parte tocados en la reforma de 2014 ver, por último, PANDOLFO, A & PASSALACQUA, P (2014). *Op. cit.*

22 *Ibid.*, p.17ss.

23 Ver también BROLLO, M (2014). *La nuova flessibilità "semplificata"*. p. 578.

24 Art. 1º, párrafo 2ºbis, n° 34 del 2014. Sobre el punto ver PANDOLFO, A & PASSALACQUA, P (2014). *Op. cit.*, p. 25.

el escrutinio de los órganos supervisores y de los jueces, incluso para las incertidumbres persistentes de las regulaciones relacionadas.

Después de la reforma, el contrato de trabajo al final, no sólo le puede dar más certidumbre a las empresas, sino que también representa un paso adelante desde el punto de vista de los trabajadores, cuando se haga la comparación de los derechos que le acompañan respecto a los proporcionados por otra forma del llamado trabajo atípico²⁵.

Por otra parte, la reforma realizada recientemente en Italia encaja plenamente dentro de las líneas de desarrollo llevadas a cabo en el mundo.

La nueva tendencia de un lado ve a las leyes de los países emergentes, que carecen previamente de normas generales sobre el punto, introducir normas que restringen con diversas modalidades el uso del contrato de trabajo a término al cual corresponde, en los países con economías y sistemas jurídicos avanzados una disminución correspondiente de los vínculos preexistentes sobre el uso de este tipo de contrato, mientras se evidencia que al mismo tiempo que en muchos países de tradición de derecho común (*common law*), no hay límites de origen legal a los contratos de trabajo de duración determinada. En particular, en la mayoría de los estados no subsiste limitación alguna sobre las razones que nos llevan a estipular un contrato de trabajo a tiempo determinado²⁶.

Bajo la misma perspectiva volvemos, entonces, a mirar el contexto de la Unión Europea, que está sujeto a la Directiva Comunitaria n. 99/70 del 28 de junio de 1999 relativa a un contrato de trabajo de duración determinada, que ha sido transpuesta por los Estados miembros²⁷. En este ámbito más restringido, también podemos inferir a partir de los informes de la Comisión Europea²⁸, en particular, que algunos Estados han introducido la necesidad del empleador para justificar el uso del contrato de trabajo de duración determinada, prescribiendo la indicación necesaria de las razones temporales al acto de su contrato (por ejemplo, Francia, España, Finlandia, Luxemburgo, Eslovenia, Grecia), cuando otros, sin embargo, no imponen condiciones o razones para el uso de trabajo de duración determinada, prescribiendo las limitaciones con respecto a otros aspectos (por ejemplo. Países Bajos, Reino Unido, Suecia, República Checa, Rumania), como la duración máxima de los contratos de duración determinada y el número máximo de extensiones y renovaciones, mientras que

25 Ver, en una perspectiva análoga, CARUSO, B (2014). "Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano", *Wp CSDLE*. "Massimo D'Antona". INT-111/2014, p. 19 ss.

26 Véase ILO, *World of Work Report* (2014). *Op. cit.*, p. 94ss. En la literatura, para la comparación, en particular, de las disposiciones legales vigentes en algunos países de Europa, Asia y Australia, ver: BLANPAIN, R; ARAKI, T & NAKAKUBO, H (Eds) (2010). *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Overview*, The Netherlands, Kluwer Law International, sin embargo, una comparación entre las leyes de algunos estados europeos, algunos de América Latina y los Estados Unidos, AA. VV (2014). "Comparative labor law dossier. Temporary work and fixed-term contracts", *IUSLabor*, 1/2014, in: www.upf.edu/iuslabor/. A partir de este último estudio, nos enteramos, que en Colombia también es posible entrar en un contrato de trabajo por un período determinado que no exceda de tres años, sin necesidad de indicar una causal (DE LA ROSA TORRALVO, K (2014)). "Contratación temporal en Colombia", in: AA.VVV(2014), *Op. cit.*, p. 65.

27 La directiva 99/70 expresiones del diálogo social europeo, fundamentada en el artículo 139.2 TCE (ahora art. 155.2 TFUE), traspone el acuerdo sobre el contrato a tiempo determinado suscrito por la Confederación europea de los sindicatos y de la UNICE y CEEP del lado de los emprendedores.

28 Véase, por los estados europeos a 15, Commission of the European Communities, Report by the Commission services on the implementation of Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP (EU-15), Brussels, 11.08.2006, SEC(2006) 1074; para los 10 Estados Miembros siguientes, Commission of the European Communities, National legislation transposing directive 1999/70/EC on fixed-term work in the EU 10, Brussels, 17.09.2008, SEC(2008) 2485, cualquiera de los dos in www.ec.europa.eu.

otros ofrecen un sistema mixto, con contratos causales libre (sin límite de tiempo) y contratos a-causales posibles, pero con ciertas limitaciones (por ejemplo, Alemania), que no prevén ningún tipo de limitación en relación con el primer término en el contrato de trabajo de duración determinada firmado (por ejemplo, Bélgica, Austria, Hungría)²⁹.

El contexto sea internacional como comunitario confirma que la última reforma del contrato de trabajo de duración determinada en Italia está en consonancia con las tendencias encontradas en otros confines y da cuenta, aunque consciente de las posibles mejoras adicionales, de una simplificación del marco existente, sin producir todo el deterioro sensible de los derechos de los trabajadores.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL NUEVO CONTRATO A TÉRMINO ITALIANO A-CAUSAL

Sin embargo, la crítica a la reforma ha tomado cuerpo recientemente, el 5 de agosto de 2014 en un "Informe" elaborado por parte del mayor sindicato italiano, la CGIL, dirigido a la Comisión Europea, cuyo objetivo es demostrar la no conformidad de la reformada normativa nacional italiana con la Directiva Comunitaria n°. 99/70 sobre el contrato de trabajo de duración determinada, que los Estados miembros están obligados a respetar³⁰.

Un desarrollo de este tipo y, a continuación, nos lleva, en este contexto, a hacer algunas consideraciones sobre la materia, con especial referencia a la cuestión de la eliminación causal de la justificación del contrato, o de la necesidad de explicar las razones para el uso de este tipo de contratos por el empleador.

A tal efecto, cabe recordar que respecto al aspecto más delicado, aquel de "evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada", la Directiva Comunitaria obliga a los Estados miembros a introducir al menos una de las siguientes tres medidas: "a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los contratos o relaciones de trabajos con duración determinada sucesivos; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones"³¹.

Debe quedar claro que el acuerdo marco planteado en la Directiva no identifica la precariedad en los contratos individuales, sino más bien en la secuencia de más contratos de duración determinada, considerada una fuente de incertidumbre y discontinuidad de las rentas del trabajo y capaz, en el largo plazo, de hacer más difícil el acoplamiento a una relación laboral por tiempo indefinido, ya que los "abusos" que se pretende evitar son los que se pueden derivar de la secuencia de más contratos de duración determinada celebrados entre un empleador y un trabajador. Consecuencia natural de la atención a esta secuencia es que el primer contrato de trabajo entre las mismas partes, siga

29 Ver en doctrina además de las referencias en la nota anterior n°. 26, CARUSO, B & SCIARRA, S (Eds) (2007). "Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate," *WP CSDLE*. "Massimo D'Antona" INT - 56/2007; BLANPAIN, R (2007). "Il lavoro a termine in Europa: sviluppo, modelli regolativi e tendenze. I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?", *Dir. rel. ind.*, 4, p. 1045ss.; DEL CONTE, M & FRATELLO, B (2012). "I contratti a termine in Europa: spunto per un'analisi comparata: *Bollettino Speciale Adapt*, 02 de marzo, n°. 6, in: <http://www.bollettinoadapt.it>.

30 El texto de la denuncia de la CGIL puede encontrarse en Center for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", www.csdle.lex.unict.it. En la perspectiva expuesta en la denuncia BALLESTERO, MV (2014). *Op. cit.*, p. 13 ss.

31 Cláusula 5ª del acuerdo marco planteado en la directiva 99/70.

siendo el único contrato o es sólo el primero de una serie, no está sujeto a ninguna condición por parte de la normativa comunitaria, “*dado que las razones objetivas establecidas en el n. 1, letra. a) de la cláusula de referirse únicamente a la renovación de tales contratos o relaciones*”³².

En un contexto como el que menciona, entre diversas razones motivo de comparación con la normativa comunitaria, la “Denuncia” cree identificar una supuesta “*violación de las reglas de causalidad de los contratos y las razones objetivas.*”

Está claro que la nueva ley abandona el principio de la razón objetiva de justificación, pero no se genera una “violación” de la normativa comunitaria.

En efecto, los Estados miembros pueden elegir entre las “medidas” descritas en el mismo y limitarse también a sólo una de ellas. Esto, en particular, es evidente en el siguiente pasaje de la cláusula: “... los estados miembros ... deberán introducir... una o más medidas relacionadas con ...”. Esta discrecionalidad también ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del todo consolidada la idea de que “... *los estados miembros disfrutan de un margen de discrecionalidad en la aplicación de la cláusula 5, n.º 1º, del Acuerdo marco, ya que pueden optar por utilizar una o varias de las medidas enumeradas en el n.º 1º, letra. a) al c) de esta cláusula o, de nuevo, con normas equivalentes vigentes*”³³.

Por lo tanto, si un estado miembro no adopta la medida representada por las “razones objetivas” en referencia a la renovación de los contratos, que es sólo una de las medidas que se consideran suficientes para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa comunitaria, incurre en una “violación”.

Por la jurisprudencia de la corte, no puede redactarse, sin embargo, un principio como éste: “Si un ordenamiento quiere permanecer en armonía con la normativa comunitaria, siempre hay que poner en la base de contratos de duración determinada la existencia de circunstancias específicas de justificación de este tipo de contratos”³⁴.

Como se ha señalado específicamente en la discusión de la medida de las “razones objetivas” –concedido por el Tribunal a la naturaleza particular de las actividades para las que son estipulados los contratos de trabajo, a las características inherentes o, en su caso, con el objetivo legítimo de política social en el estado miembro– puede de hecho no ser cierto para otras medidas también previstas en el Acuerdo Marco, dada la naturaleza de las condiciones que pueden hacer efectivas las “razones objetivas” en relación con el objetivo perseguido por la normativa comunitaria.

Por lo tanto, no parece susceptible de generalización tan obvia, tratar de “razones objetivas”, ha afirmado la Corte en Angelidaki³⁵, Küçük³⁶, Márquez Samohano³⁷, sentencia que, sin embargo, la

32 Corte judic. 23 de abril 2009, Angelidaky causas reunidas C-378/07, C-379/07 y C-380/07, párrafo 90, que se refiere a la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, causa C-144/04, puntos 41-43 y, más recientemente, la corte jud. 03 de julio 2014, FIAMINGO (2004), causas reunidas C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartado 57. Ver, por último, CORAZZA, L (2013). “Il lavoro a termine nel diritto dell’Unione Europea”, in: DEL PUNTA, R & ROMEI, R (Ed) (2013). *I rapporti di lavoro a termine*, Milan, p. 11ss, y otras referencias incluidas.

33 Corte judic. 15 de Abril de 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 71; corte judic. *Angelidaky*, cit., punto 93; corte judic. 10 de marzo de 2011, causa C-109/09, *Deutsche Lufthansa*, punto 35, por último, corte judic. *Fiamingo*, cit., punto 59.

34 Ver también FRANZA, G (2010). *Op. cit.*, p. 149 ss.

35 Corte judic. 23 abril 2009, cit.

36 Corte judic. 26 enero 2012, causa C-586/10.

37 Corte judic. 13 marzo 2014, causa C-190/13.

"Denuncia" se presenta como una fuente de indicaciones también extensible a las otras dos medidas citada en las letras b) y c) de la cláusula 5ª, que prescinden de las consideraciones de requerimientos esenciales de los contratos.

Por otra parte, no se puede olvidar cómo, en general, se tiene siempre la jurisprudencia de la Corte, en busca de hacer hincapié en que las tres medidas previstas expresamente en la cláusula 5ª se beneficia de una presunción de pertinencia con respecto a la finalidad de prevención de los abusos³⁸.

Por otra parte, en la evaluación de la reciente innovación legislativa a la luz de la normativa comunitaria, no deja de tener importancia considerar la introducción por vía legal del límite cuantitativo para los contratos a término, innovación subestimada por la "Denuncia". El Tribunal, en efecto, se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho de los Estados miembros a utilizar medidas distintas de las expresamente previstas en el Acuerdo Marco, apreciable también para la evaluación de la conformidad / no conformidad de la legislación nacional con respecto a la normativa comunitaria. El acuerdo marco, en efecto, obliga a los Estados miembros a adoptar una o varias de las medidas contempladas en las letras a) a c), pero sólo "*en ausencia de medidas legales equivalentes para prevenir los abusos*"³⁹, y, por lo tanto, permite recuperar incluso en todas las medidas que no sean las expresamente previstas.

Por ello, el ordenamiento jurídico italiano se mantiene fiel a las soluciones directamente propuestas por el Acuerdo Marco. Junto con un número de otras precauciones, de hecho, tomando la medida de la letra b) de la cláusula 5ª y, además, ahora añade la restricción del límite máximo de los contratos por tiempo determinado.

También, en retrospectiva, se podría argumentar que el sistema jurídico italiano adopta parcialmente también la medida de la letra c) de la cláusula 5ª (en relación con el "número de renovaciones de tales contratos o relaciones", en tanto pone un límite numérico a las posibles extensiones. Las extensiones, de hecho, se pueden entender como que corresponde a las "renovaciones" en el texto original en inglés, puede traducirse también como una extensión de dicho contrato por tiempo determinado⁴⁰. En tal perspectiva interpretativa no es en absoluto secundaria la versión en lengua alemana de la directiva, en el que la palabra en inglés se traduce como *Verlängerungen*, cuyo significado es sí se renueva, pero en el sentido de una extensión o prórrogas.

38 Ver, más recientemente, la citada corte judic. 03 de julio 2014, *Fiamingo* y otros, señala 60-61, que se reiteró la orientación del todo consolidado, que es digno de mención, por lo que (punto 60) "La cláusula 5ª, punto 1º, del Acuerdo Marco fija a los estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de abusos de este tipo, dejándoles la elección de los medios para lograr esto, siempre y cuando no vayan en detrimento del objetivo o la eficacia práctica del Acuerdo Marco". De ello se desprende que (párrafo 61) "a los efectos de esta aplicación, un estado miembro tiene derecho a optar por no adoptar las medidas contempladas en el apartado 1º, letra a) de dicha cláusula, imponiendo que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones de trabajo de duración determinada, celebrado en sucesión con razones objetivas. A la inversa, se puede preferir la adopción de una de las medidas o las dos medidas mencionadas en el apartado 1º, letras b) y c) de esta cláusula, respectivamente, a la duración máxima total de tales contratos o relaciones de trabajo de duración determinada estipulados en sucesión, y el número de sus renovaciones...". En el caso *Fiamingo* Ver ALES, E (2014). "La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva", que se publicará, *Riv. it. dir. lav.*, II, 2014.

39 Ver por último, corte judic., *Fiamingo*, cit., puntos 59 y 61.

40 Ver en tal perspectiva, CARINCI, F (2014). "Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico", *Arg. dir. lav.*, 3, p. 661, aunque con algunas dudas acerca de la compatibilidad comunitaria de la normativa nacional como reformada en 2014.

Ideas en esta dirección también se deducen de las fórmulas utilizadas por el mismo Tribunal de Justicia, para enfatizar varias veces que "*Las medidas enumeradas en el apartado 1º, letras a) a c) de la presente cláusula, en número de tres, se relacionan, respectivamente, a razones objetivas que justifican la renovación de tales contratos o relaciones laborales, la duración máxima total de los contratos o relaciones de trabajo sucesivos y el número de prórrogas de estos últimos*" (el énfasis es nuestro)⁴¹.

En conclusión, las críticas formuladas por la "Denuncia" no parecen socavar la congruencia de la estructura global de la regulación del contrato de trabajo de duración determinada en Italia, que parece confirmarse también en relación con el cumplimiento de la legislación comunitaria.

41 Corte judic. 23 de abril 2009, *Angelidaky*, cit., punto 74, que recuerda la Corte Judic. 15 de abril 2008 en el asunto C-268/06, *Impact*, apartado 69, y la ordenanza de 12 de junio de 2008 en el asunto C-364/07, *Vassilakis*, apartado 80, y, más recientemente, la Corte judic. *Kücük*, cit., punto 26, Corte judic. *Samohano*, cit., punto 42, y Corte judic. *Fiamingo*, cit., punto 56.



El valor del tiempo en la relación entre el procedimiento y el proceso de la administración y los ciudadanos

The Value of Time in the Relationship between Citizen and the Procedure and Process of Administration

Margherita INTERLANDI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

La protección jurídica del “tiempo” como bien de la vida, encuentra en la más reciente legislación italiana, su cauce a través de principios en el orden administrativo, en la celeridad y efectividad de la actuación de la Administración Pública y en el orden procesal, a través de la lógica de la “efectividad”. La violación del principio de la calidad, es sujeto de una tutela efectiva tanto sustancial como procedimental. En el ámbito de la tutela administrativa, prevista en recientes Leyes como la n° 80-2005, la n° 69-2009 y la n° 98-2013, protegen al administrado contra la inercia de la Administración Pública (frente al silencio-incumplimiento), imponiéndose a ésta el deber de tutelar con celeridad, economía y transparencia, los intereses definidos por la Ley. Y en la dimensión procesal, con la normativa del Código de Procedimiento Administrativo (Arts. 31-34, 117) modificado por Decreto Ley n°. 160-2012, el legislador adapta el juicio administrativo a la lógica de la efectividad procesal. Se concluye que el empeño y determinación del legislador italiano es encontrar una solución para garantizar el corolario de la Eficiencia administrativa, de manera que ésta no sea ilusoria y se garantice su funcionalidad para la protección de la pluralidad de intereses homogéneos de los administrados.

Palabra clave: Administración pública, derecho, silencio-incumplimiento, Italia.

Abstract

The legal protection of time as a good that belongs to life, finds its channel in the most recent Italian legislation through principles in the administrative order, in the celerity and effectiveness of public administration actions and in the procedural order, through the logic of “effectiveness”. Violation of the principle of quality is subject to effective protection that is substantial as well as procedural. In the context of administrative protection foreseen in recent laws such as n°. 80-2005, n°. 69-2009 and n°. 98-2013, the one who is administered is protected against the inertia of public administration (against silence-breach), thereby imposing on this administration the duty of protecting the interests defined by law with celerity, economy and transparency. In the procedural dimension, with regulations of the Code for Administrative Procedure (Articles 31-34, 117) modified by Law Decree n°. 160-2012, the legislator adapts administrative judgment to the logic of procedural effectiveness. Conclusions are that the enterprise and determination of the Italian legislator is to find a solution to guarantee the corollary of administrative efficiency, so that the latter is not illusory and its functionality is guaranteed for protecting the plurality of homogeneous interests of those who are administered.

Keywords: Public administration, law, silence-breach, Italy.

EL VALOR JURÍDICO DEL “TIEMPO” EN LA EVOLUCIÓN DE LA DISCIPLINA SOBRE EL SILENCIO-INCUMPLIMIENTO

El tiempo en el ordenamiento administrativo ha tomado a lo largo de los años un valor cada vez más determinante en la evaluación de la eficiencia de la actividad administrativa hasta convertirse en un parámetro de calidad de la acción pública, cuya violación es hoy tema de un sistema de tutela que encuentra implementación tanto en el ámbito procedimental como en el ámbito procesal.

En particular, la importancia del tiempo en la relación entre administración pública y ciudadano ha encontrado un primer reconocimiento jurídico formal en el caso del silencio-incumplimiento que se produce cuando el paso innecesario del tiempo previsto por la ley para la conclusión de un procedimiento impide al privado obtener una determinada medida. En estos casos la inercia de la administración pública configura un comportamiento patológico debido, en primer lugar, a la violación del art. 21º. n.º. 241/90, como sucesivamente mod. e integ. y, que establece la obligación de la administración pública de concluir el procedimiento con una medida formal, en un plazo preestablecido.

En particular, la importancia jurídica de la violación del término conclusivo del procedimiento administrativo se deduce, como se observa en la doctrina más influyente¹, de la inmanencia del fin público en la que está funcionalizada la actividad administrativa que le imprime a la acción de la administración pública el carácter y sentido del deber, sea en la necesidad de satisfacer la demanda de aquel que aspira a un bien de la vida a través del reconocimiento de una tutela efectiva para el logro de la misma. Por otra parte, la falta o el retraso en la adopción de la medida formal constituyen una posibilidad de lesión del interés legítimo, ya que impide que el privado obtenga la determinación que pueda asegurar la realización de los intereses finales que busca.

Esto ha llevado al legislador a intervenir en varias ocasiones en la disciplina del silencio, que pretende ser una violación de la obligación de cumplir en el plazo establecido por la ley, para proteger a los ciudadanos de la ineficiencia administrativa, imponiendo a la administración pública el deber jurídico de alcanzar con rapidez, precisión, con economía y transparencia, los resultados concretos correspondientes a los intereses determinados por la ley y a los objetivos definidos por la propia administración.

Los cambios más significativos en esta materia en particular fueron los introducidos por el n.º. 80/2005² que, modificando el art. 21º, n.º. 241/90, ha otorgado al juzgado acceso a través del ritual especial ex art. 21º bis l. n.º. 1034/71 el poder para determinar también la validez de la reclamación deducida en juicio³. La disposición en discusión, en la perspectiva de la simplificación de las relaciones

- 1 SCOCA, FG (2002). “Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale”, *Dir. Proc. Amm.*
- 2 Ver FIGORILLI, F & GIUSTI, A (2005). “Commento all’art. 2”, in: PAOLAMTONIO, N; A. POLICE, & ZITO, A (Eds). *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino; OCCHIANA, M (2006). “Riforma della l. 241/90 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v’è certezza, in: www.giustamm.it; MORBIDELLI, G (2006). “Il tempo del procedimento”, in: CERULLI IRELLI, V (Ed (2006). *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, p. 251ss.; FABRI, A (2007). “Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell’inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina sostanziale”, *Dir. Proc. Amm.*, p. 113ss.; SAITTA, N (2007). “Il silenzio della pubblica amministrazione torna a farsi sentire”, in: www.giustamm.it.
- 3 El debate sobre la extensión de los poderes del juicio, que había llevado el Consejo de Estado en la plenaria n.º. 10/78 a creer que el juicio podría tener como objeto también el reclamo sustancial, movido por la exigencia de asegurar los intereses que pretenden una tutela eficaz contra el ejercicio ilegal del poder administrativo, en la creencia, por lo tanto, que el poder de controlar la validez de la instancia en el g.a. tanto por razones formales relacionadas con su poder natural para evaluar la subsistencia de un interés, tanto por razones sustanciales, dado que, en términos de la efectividad de la

entre administración pública y ciudadano fundada también sobre la valoración del tiempo, por lo tanto, ha ampliado los poderes de verificación del juzgado administrativo para verificar la validez de la instancia, superando así, definitivamente la imposición restrictiva expresada en el Consejo de Estado en la nota sentencia n.º. 1/2002⁴.

Con la l. n.º. 80/2005 el legislador ha querido, sin embargo, claramente superar el ajuste teórico de la tutela contra el silencio-incumplimiento aceptado refiriéndose a la Reunión Plenaria, poniendo en el centro de la reforma la plena realización de aquellos intereses individuales del poder administrativo. No es casualidad, de hecho, que tales modificaciones sean intervenidas en el ámbito de aquel diseño de gobierno (señalado como decreto de "competitividad") que, en la perspectiva de incentivar el desarrollo económico, social y territorial, ha apuntado a la simplificación administrativa sobre la presunción que la certeza de los tiempos procedimentales y la transparencia en orden a las razones de hecho y de derecho, que la administración pública se debe explicar ex art. 31º, n.º. 241/90, representan aquellas garantías indispensables para favorecer la plena realización de los derechos del ciudadano y para protegerlo, por tanto, de la ilegítima acción de la administración pública. De aquí la exigencia de remarcar la necesidad de un pronunciamiento explícito y oportuno, sólo es capaz de identificar las razones de la decisión

tutela, la evaluación de la forma en que la obligación de proporcionar una medida debería cumplirse hacia la sentencia susceptible de cumplimiento más fácil y más rápidamente.

- 4 Como es bien sabido, de hecho, en el pronunciamiento n.º. 1/2002, el Consejo de Estado, retomando la opinión anterior expresa en la Sesión Plenaria n.º. 10/78, había declarado expresamente que el conocimiento de la corte administrativa en el caso de un recurso contra el silencio debería considerarse limitado a la constatación de la ilegitimidad de la inercia de la administración, señalando que el art. 21º bis, al disponer que en el caso de la apelación del recurso el juzgado "ordena a la administración proporcionar" y si "la administración sigue en incumplimiento ... a petición de parte, nombrar un comisionado que dicte medida en su lugar" (párrafo 2º), déjase entender, "en la acepción común en la doctrina y en jurisprudencia, el ejercicio de una potestad administrativa, por lo que sería inapropiado si el juzgado tuviera que determinar el contenido concreto de la medida, ya que en ese caso, la administración y el comisionado no ocuparían otros espacios sino para una actividad con contenido y función de mera ejecución". El pronunciamiento que se examina se puso, de hecho, en la óptica de una reconstrucción del proceso administrativo anclado en el modelo tradicional objetivo, en el que, como se sabe, prevalecía la tutela del interés público de la conducta ilícita de la administración pública, con respecto al interés individual planteado en el juicio. En cambio, en la sentencia Ad. Pl. 10 de marzo 1978, n.º. 10, in: *www.giustizia-amministrativa.it*, los tribunales administrativos habían sostenido que "En la medida en que la inercia se refiere a las decisiones o actividades vinculadas, la decisión del tribunal administrativo puede y debe ir más allá del mero reconocimiento de la obligación de proporcionar una medida, indicando cómo y cuándo tal obligación deba ser cumplida, y el respectivo pronunciamiento está sujeto al cumplimiento de los criterios de ejecución del juzgado administrativo". Sobre el proceso administrativo ver GUICCIARDI, VE (1957). *La giustizia amministrativa*, Padova, pp. 1-3; PIRAS (1962). *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, p. 27, quien señala la conexión entre objeto del juicio y acción, o entre "contenido de la tutela jurídica y medios jurisdiccionales de su realización". Sobre la formación del sistema de administración de justicia, ver NIGRO, M (1994). *Giustizia amministrativa*, Bologna, pp. 119-131; CAIANIELLO, V (1988). *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino; CAVALLI PERIN, R (2009). "Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2º sez. II", in: ROMANO, A & VILLATA, R (Ed)(2009). *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, pp. 16-32. La posición adoptada en la citada decisión ha significado un revés importante por el lado de la tutela, debido a una lógica conservadora basada en el ajuste de silencio como un acto implícito censurable. En particular, de acuerdo con esta Reunión Plenaria, las decisiones administrativas no pueden ser tomadas por el juzgado aun cuando la instancia de los particulares tenga como objeto una medida vinculada, en contra de lo declarado por el Consejo de Estado en la plenaria n.º. 10/78. En apoyo de la decisión en cuestión se ha argumentado que el nuevo instrumento de tutela ofrecido por el procedimiento especial no puede aplicarse para obtener de modo anticipado una resolución sobre el mérito de la controversia, sino que se reserva para el juicio de conocimiento normal. La decisión fue fuertemente objetada por parte de la crítica más convencida de que sería más coherente con los principios de eficiencia de la justicia y de efectividad de la tutela reconocer en el juez administrativo el conocimiento de los méritos de la solicitud sobre la que la administración pública debe proporcionar una medida. La cuestión relativa a la evaluación de la instancia, como resultado de esta sentencia, fue solicitada luego nombrando delegado ad acta, que sin una dirección determinada por el juzgado se encontraba más expuesta al riesgo de la adopción de una medida ilegítima, obligando así al ciudadano a un nuevo recurso, incluso en ausencia total de márgenes de discrecionalidad.

adoptada y, por lo tanto, en caso de rechazo, para que el destinatario active todas las medidas correctivas necesarias para defender la posición subjetiva lesionada.

Por lo tanto, con la modificación del art. 21º. n.º. 241/90, se pretende ofrecer al ciudadano, tanto en el plano sustancial como en el plano procesal, una tutela guiada por la lógica de la pertinencia fundamentada también sobre la valoración del tiempo, que se traduce en dar al juzgado el poder de determinar los méritos del reclamo, recibiendo así la orientación de la doctrina diseñada para enfatizar la naturaleza sustancial del interés legítimo cual posición subjetiva cuya relevancia jurídica está vinculada a la consecución del bien de la vida que el ordenamiento reconoce a cada ciudadano, aunque a través de la mediación del poder público⁵.

Se observa, de hecho, que la histórica sentencia de la casación, ses. un., n.º. 500/99, no ha simplemente abierto la vía a la tutela compensatoria de las posiciones subjetivas relacionadas al ejercicio del poder público, pero también ha afirmado el principio de la pertinencia del bien de la vida, que ha tenido notables repercusiones sobre el modelo de justicia hasta ahora vigente, ya que ha puesto el juicio administrativo por delante del deber de verificar la patología de la acción o conducta administrativa de acuerdo con el punto de vista diferente del pasado, lo que requiere un análisis de los defectos de la medida o el comportamiento, especialmente en términos de su relevancia con respecto a la satisfacción de la demanda material del recurrente⁶.

Así, ya en el marco normativo esbozado en la reforma n.º. 80/2005, el juicio contra el silencio terminó por tener como objeto la relación entre la administración pública y el ciudadano, con el resultado de que el comportamiento objetable en juicio era no sólo la mera inacción de la administración, sino más bien, la violación de la obligación de proporcionar una medida expresamente sobre la instancia de la parte.

Este enfoque, como se ha dicho, diferente al que prevalecía hasta ahora en la jurisprudencia después de la plenaria 1/2002 ha, por lo tanto, fijado el interés de recurrir⁷ a la posibilidad real de conseguir a través de la acción procesal la liberación de la medida solicitada. Sí, el tiempo dentro del cual se requiere que la administración pública dicte una medida se vuelve fundamental para la satisfacción del reclamo sustancial.

Y en esta dirección se encuentra el art. 20º, en la versión modificada de la l. n.º. 80/2005, que al asignar al silencio-incumplimiento un valor residual destinado a operar sólo en ciertas áreas, ha subrayado cómo el juicio sobre el silencio se refiere sólo a los casos típicos en los cuales la relevancia de los intereses públicos y privados involucrados requiere el desarrollo del procedimiento y, por lo tanto, la adopción de una decisión final.

5 Remitimos a INTERLANDI, M (2013a). "La pregiudizialità amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela", *www.federalismi.it*, n.º. 22.

6 Como señala también en la doctrina más autoritaria, SCOCA, FG (2002). *Op. cit.*, El Tribunal considera incondicionada la recuperabilidad de los intereses legítimos de oposición, en cuanto el interés sustancial está ya positivamente valorado en el ordenamiento, mientras permanece condicionada la recuperabilidad de los intereses legítimos que pretenden un juicio de previsión sobre la validez de la instancia presentada en privado y no aceptada en la administración.

7 Sobre la conformación del interés al recurso ver Cons. Estado, s. IV, 10 de enero del 2012, n.º. 16, según la cual "como en base a los principios generales en materia de condiciones de la acción, como se infiere por el art. 24º, par. 1, de la Constitución ("todos pueden emprender acciones legales para proteger sus derechos e intereses legítimos") y el art. 100º del c.p.c. ("Para proponer una solicitud o contradecir la misma se necesita tener un interés, el interés procesal requiere, un perjuicio concreto y real del interés sustancial deducido en el juzgado y la idoneidad de la medida exigida al juzgado para proteger y satisfacer el mismo interés sustancial".

Este enfoque fue posteriormente confirmado también por la l. n°. 69/2009 que, siempre en la óptica de favorecer el desarrollo y la competitividad, así como dar algunos principios de procedimiento, incluido el art. 2º, n°. 241/90, el valor de un nivel esencial de las prestaciones ex art. 117º, párrafo 2, letra m) const., ha previsto con el art. 9º de la l. n°. 241/90, que “transcurrido inútilmente el término para la conclusión del procedimiento o la superior a la que se refiere el párrafo 7, el privado puede solicitar a la persona responsable mencionada en el párrafo 9-bis⁸, ya que, dentro de un período igual a la mitad de lo previsto originalmente, concluya el procedimiento a través de las estructuras competentes o con el nombramiento de un comisionado”.

Las más recientes intervenciones normativas se mueven, por lo tanto, con el fin de reconocer el valor en el “tiempo” de los bienes necesarios e indispensables para la realización de los derechos de la persona, merecedores por lo tanto de una protección jurídica adecuada. Por esta razón, la l. n°. 69/2009 ha reconocido el derecho a una indemnización por los daños causados por el retraso (intencional o por negligencia) de la administración pública, en el supuesto de que el incumplimiento o el retraso de una decisión sobre la instancia es, como se ha señalado por la doctrina autoritaria, tan contrario al interés público que espera ser realizado, como lesivo del interés privado que espera ser valorado⁹.

Esto confirma, por lo tanto, que la tendencia legislativa es hacer hincapié en la adopción de la medida expresada en razón de la función de garantía con respecto a los intereses públicos y privados involucrados. Y por lo que esta garantía en realidad satisface concretamente la aspiración de cada ciudadano para lograr determinado bien de la vida, el legislador ha impuesto a la administración pública mayor obligación de respetar los términos de conclusión del procedimiento, valorando el papel del tiempo como elemento indispensable para la plena realización de las necesidades humanas y por lo tanto es un bien a proteger¹⁰. Tanto es así que el incumplimiento de este requisito, no sólo constituye el fundamento para la tutela de compensación, sino que representa un elemento de evaluación del desempeño individual, así como de responsabilidades disciplinarias y administrativas-contables del director y del funcionario que incumple (art. 9º. n°. 241/90)¹¹. Por otra parte, en una perspectiva más amplia, nuestro ordenamiento se está moviendo en la prospectiva de la promoción de la plena realización de los derechos fundamentales a través de diferentes declinaciones de la

8 El art. 9º bis l. n°. 241/90 prevee, de hecho, que “El órgano de gobierno especifica, como parte de la dirección de la administración, el sujeto a quien atribuir el poder sustitutivo en caso de inacción. En caso de falta de especificación el poder sustitutivo se considera atribuido al director general o, en su defecto, al director a cargo de la oficina o en su ausencia a un funcionario de más alto nivel de esta administración. Para cada procedimiento en el sitio institucional de la administración en internet se publica en forma de tabla y conectado de forma destacada en la página principal del sitio web, el nombre de la persona a quien se le da el poder sustitutivo y al cual el interesado podrá solicitar para los efectos del párrafo 9. Esta persona, en caso de retraso, deberá notificar de inmediato el nombre del responsable a los efectos de evaluar la apertura del expediente disciplinario, de conformidad con las disposiciones del ordenamiento y de los contratos colectivos nacionales de trabajo, y, en caso de incumplimiento de las disposiciones del presente párrafo, asume su mismísima responsabilidad, además de la propia”.

9 SCOCA, FG (2002). *Op. cit.*; ver también, SCOCA, FG & D'ORSOGNA, M (1995). “Silenzio, clamori di novità”, *Dir. Proc. Amm.*, p. 393ss.

10 En cuanto a la reconstrucción del tiempo como bien de la vida, y como una declinación adicional del principio de la certeza de las relaciones jurídicas entre la administración y los privados ver IMMORDINO, M (2010). “Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa”, in: CONTIERI, A; FRANCARIO, F; IMMORDINO, M, & ZITO, A (Ed)(2010). *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, p. 79-80, que define el tiempo como “un verdadero y justo bien sustancial autónomo respecto al interés legítimo, pretensivo u opositivo, que se hace valer de manera procedimental, tutelable en sí y per sé”.

11 Remitimos a INTERLANDI, M (2013b). “La pretesa soggettiva ad un provvedimento espresso ed il valore del tempo come bene della vita”, in: www.giustamm.it, 11-2013.

relación entre el privado y la administración pública, lo que impone una serie de deberes de protección hacia los ciudadanos. Como hemos argumentado en otra ocasión¹², de hecho, la dirección normativa predominante actualmente es aquella de configurar la función administrativa como un “servicio” a la colectividad, lo que “genera en el ciudadano expectativas relacionadas con la calidad de los servicios que se derivan de ella”. Así que, después de haber obligado a la administración a predetermined estándares de calidad (relacionados con los objetivos que, de conformidad con el art. 5º de l. n.º. 150/2009 los órganos de dirección político-administrativa, con el apoyo de los directivos tienen la obligación de identificar de modo puntual el resultado que cada dirigente o administrador de servicio tiene que realizar) implica la presunción a nivel legislativo de la protección de aquellos derechos e intereses cuya satisfacción depende de la consecución de estos estándares. En otras palabras, la exigencia de anclar los servicios administrativos a estándares de calidad, que incluyen, por supuesto, también el “tiempo”, se deriva de la relevancia jurídica de las posiciones sustanciales en las que incide para el disfrute o la adquisición de un bien al que todos los ciudadanos legítimamente aspiran.

Todo esto es un hallazgo importante en la acción legislativa más reciente, la l. n.º. 98/2013, que ha finalmente (y definitivamente) reforzado la protección del tiempo como bien de la vida, previendo, en favor del sujeto titular del derecho sobre el cual la administración pública se ha pronunciado después del término establecido (en violación, por lo tanto, un estándar temporal), el derecho a obtener una indemnización por el mero retraso¹³, es decir, sin tener en cuenta el hecho de que la violación del término procedimental haya o no ocasionado un daño injustificado¹⁴. La acción legislativa reciente supera, por lo tanto, definitivamente también aquella orientación expresada por el Consejo de Estado, Ad. Pl., 15 de septiembre de 2005, n.º. 7, que había impuesto una lectura restrictiva del art. 2º bis l. n.º. 241/90 en relación con la intención del legislador con la reforma de la l. n.º. 80/2005, con base en el supuesto de que “el sistema de tutela de los intereses pretensivos –en los casos en que hace compromiso (como en este caso) en las conclusiones del juzgado para su realización– permite el paso a reparaciones equivalentes sólo cuando el interés pretensivo, incapaz de ser realizado por el acto, junto con el interés público, asuma como objeto la tutela de los intereses sustanciales y, por lo tanto, la falta de emisión o el retraso en la emisión de una decisión ventajosa para el interesado (susceptible de satisfacer un “bien de la vida”)”. En lugar de ello, en la disposición del art. 2º bis, párrafo 1 bis, como destaca también el DPCM 13.2.2014, la violación del término conclusivo del procedimiento determina automáticamente la obligación de pagar una indemnización, independientemente de la

12 Cfr. INTERLANDI, M (2013c). *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, pp. 134-135.

13 El art. 2º bis, párrafo 1 bis, l. n.º. 241/90 como integr. en el d. lgs. n.º. 98/2013, establece que “Salvo lo dispuesto en el párrafo 1 y a excepción de la posibilidad de silencio calificado y de la competencia pública, en caso de incumplimiento del término para la finalización del procedimiento a petición de parte, para los cuales existe la obligación de pronunciarse, el solicitante tiene derecho a obtener una indemnización por el mero retraso en las condiciones y en la forma prescrita por la ley o sobre la base de la ley, de los reglamentos emitidos en virtud del artículo 17º, párrafo 2, de la ley de 23 de agosto 1988 n.º. 400. En este caso, los importes pagados o por pagar por concepto de indemnización se deducirán de la restitución”. La norma propone el contenido del art. 17º, párrafo 1, letra f) de la ley n.º. 59 de 1997 nunca implementada, que suponía “formas de indemnización automática y tarifas” en favor del demandante, al momento en que la administración no haya dictado la medida en el momento oportuno, incluso si es negativo.

14 La importancia del retardo como condición de la tutela compensatoria, independientemente de la lesión de un interés sustancial, o conducta ilegal perjudicial para el bien “tiempo”, ha sido establecida en la literatura por TRIMARCHI BANFI, F (2009). *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino; RENNA, M. (2010). “Art. 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nelle conclusioni del procedimento”, in: BARTOLINI, A; FANTINI, A & FERRARI, G (Ed). *Codice dell'azione amministrativa*, Roma, p. 139ss; GISONDI, R (2009). “Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da mero ritardo”, in: CARINGELLA, F & PROTTO, M (Ed) (2009). *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, p. 133ss; BERTONAZZI, L (2009). “L. 18 giugno 2009, n.º. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura”, *Dir. Proc. Amm.*, p. 888ss.

demostración de la existencia de daño; no sólo eso, sino que esta última directriz específica que el pago de dicha indemnización se debe también en el caso de que la falta de emisión de la medida “se deba a una medida “excusable”, y abstractamente “legítima” de la administración”¹⁵.

La consideración de que la violación del tiempo determina un prejuicio autónomamente evaluado independientemente del prejuicio resultante de la adquisición de *utilitas* de la cual haya sido establecida, demuestra, como se ha dicho, que la perspectiva en la que se mueve nuestro ordenamiento es la de puntualizar, sólo en razón de la consideración de las posiciones subjetivas relacionadas con el ejercicio de la función, las obligaciones de la administración pública con referencia al tiempo y el modo de operación.

En definitiva, la relevancia en la realización del procedimiento a petición de parte, como lo demuestra la más reciente evolución de la disciplina de la ley 241/90, evidencia que la necesidad perseguida por las diversas medidas de reforma es, sin duda, para garantizar la certeza de los tiempos de la acción administrativa¹⁶ como principio que opera para garantizar los intereses privados que participan en el ejercicio del poder administrativo, y que disminuye en la tutela de la confianza de los sujetos que aspiran a un determinado bien de la vida para lograrlo a tiempo en la realización de sus derechos e intereses¹⁷.

Esta perspectiva, que pone en el centro de la atención al ciudadano como destinatario de la función administrativa entendida en términos de “servicio” a la colectividad¹⁸, se refleja inevitablemente también sobre el sujeto del juicio que no puede ser, por lo tanto, limitado a la verificación de la pura “inercia” de la administración pública, de acuerdo con la solución errada aceptada también recientemente por el Consejo de Estado, sino que debe resguardar, como se ha tratado de mostrar, el incumplimiento de la obligación de proporcionar medida, o la ausencia, en la expiración del término conclusivo del procedimiento, de la decisión final que aclare el éxito de las evaluaciones realizadas por la administración pública. Esto en cuanto a que la acción jurisdiccional contra el silencio pueda creerse efectivamente satisfactoria sólo si es funcional para asegurar al privado una decisión de aceptar su reclamo.

LA TUTELA DEL TIEMPO EN EL JUICIO ADMINISTRATIVO

La importancia del tiempo como parámetro de eficiencia de la acción pública, ha completado su *iter* con la normativa procesal introducida por el código de procedimiento administrativo, y en particular con sus art. 31º, 34º y 117º del c.p.a., modificada por d. d.l. nº. 160/2012.

De hecho, con la aprobación del código el legislador ha querido asignar al juicio administrativo la función de garantía de los derechos y de los intereses supeditados a la tutela jurisdiccional del juez

15 Ver DPCM del 13 de febrero de 2014 en la que se explica la modalidad para la aplicación del art. 2º-bis, párrafo 1 bis, de la l. 241/90 como succ. mod. y integr. de la l. 98/2013 que prevee la obligación de la administración pública de indemnizar por retraso en la conclusión de los procedimientos a instancia de las partes.

16 La intuición es de CLARICH, M (1995). *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, que señala, con referencia a la responsabilidad de la administración pública, que el incumplimiento de la obligación de dictar medidas configura una carga de la administración pública una responsabilidad que es independiente de la obligación sustancial de emitir la medida de solicitud, por lo que el daño cuya reparación se deriva de la situación de incertidumbre sobre la cuestión de una decisión de tipo autorización, y ni siquiera por la falta o retraso en el disfrute del bien de la vida o de la utilidad final.

17 IMMORDINO, M (2010). *Op. cit.*, p. 63.

18 Sobre la función administrativa en términos de servicio y sobre las implicaciones en la relación entre el ciudadano y la administración pública permítase referir a INTERLANDI, M (2013a). *Op. cit.*, *passim*.

administrativo¹⁹, y, por lo tanto, de conformidad con las instrucciones de la ley, ha colocado entre los principios fundamentales del proceso aquello de la efectividad. En este sentido se pretende señalar que los remedios jurisdiccionales deben garantizar la plena satisfacción de los derechos e intereses de los sujetos también contra la administración pública, orientando así al juez, de acuerdo con una lectura de las normas constitucionales en clave prescriptiva y no meramente programática, para aplicar los estatutos procesales con el fin de asegurar una aplicación real del art. 24º de la const.

La necesidad de adaptar el juicio administrativo a la lógica de la efectividad nace, de hecho, del reconocimiento del valor sustancial del interés legítimo²⁰ y de la afirmación del principio de que pertenece al bien de la vida que, como se ha señalado, obliga al juez administrativo a evaluar la patología de la medida o del comportamiento administrativo en la óptica de la pretensión material del demandante injustamente perjudicada²¹.

Este aspecto, que ha afectado claramente los poderes del juez, haciendo que la misma doctrina cuestione la posibilidad de una revisión judicial más adherida a las exigencias de efectividad y economía de medios procesales, y capaz de tutelar sobre el plano sustancial al solicitante sin invadir la esfera de competencia de la administración pública²².

Las instancias de una tutela plena y efectiva de las situaciones subjetivas sujetas al juez administrativo llevó, por lo tanto, al legislador a regular las diversas acciones²³ en el sentido de asegurar el

- 19 El art. 44º de la ley para la reorganización de la disciplina del proceso administrativo dictaba instrucciones al legislador para adaptar las normas existentes a la jurisprudencia de la corte constitucional y los tribunales superiores, en coordinación con las normas del Código de Procedimiento Civil, como expresión de los principios generales, así como para asegurar la concentración de las tutelas.
- 20 La naturaleza sustancial del interés legítimo ha sido consagrado por el Cons. Estado, Ad. Pl. 23 de Marzo de 2011, nº. 3, in: *www.giustamm.it*, con nota de N. PAOLANTONIO, que, confirmando los argumentos planteados por Cass., Sec. a., nº. 500/99, *cit.*, ha evidenciado que "el interés legítimo no reconoce como situación meramente procesal, o como título de legitimación para la proposición del recurso al juez administrativo, se resuelve en un mero interés en la legitimidad de la acción administrativa en sí entendida, pero revelan posiciones claramente sustanciales, vinculadas, de manera íntima e inseparable, a un interés material del titular de un bien de la vida, cuyos daños (en términos de sacrificio o insatisfacción en función de si los intereses son de oposición o de pretensión) puede constituir un perjuicio".
- 21 En referencia al proceso administrativo con respecto a la tutela de la pretensión sustancial va compartida la opinión de la doctrina autoritaria, MERUSI, F (2010). "Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice del processo amministrativo?", in: *www.giustamm.it*, nº. 1, que hace hincapié en cómo la funcionalidad de la jurisdicción administrativa para la realización de una tutela plena y efectiva significa asignar al interés legítimo el significado de "pretensión de plena satisfacción de una expectativa legítima contra la administración pública (la tutela plena y efectiva de las expectativas derivadas de la relación establecida o estableciéndose del solicitante con la administración pública)".
- 22 El problema fue, de hecho, colocado en relación al juicio adverso al silencio respecto al cual, después de la inserción del art. 21º del 21 de julio 2000, nº. 205, del art. 21º *bis* en la l. 1034/1971, el cons. Estado, Ad. Pl. 9 de enero de 2002, nº. 1, in: *www.giustizia-amministrativa.it*, había dictaminado que el conocimiento del juicio administrativo admitido con un recurso contra el silencio tuviese que limitarse a la constatación de la ilegitimidad de la inacción de la administración. La pregunta con respecto a los poderes del juez en el juicio contra el silencio-rehusado fue revivido después de las modificaciones introducidas por la l. nº. 80/2005 a la l. nº. 241/90, que sustituyó el art. 2º previendo expresamente la facultad del juzgado para "conocer los fundamentos del caso". La noticia generó que la jurisprudencia administrativa adoptara directrices a menudo en conflicto. De hecho, si en algunos casos los tribunales administrativos han hablado de cómo limitar el poder de decisión sobre el fondo de la reclamación negada a la suposición de actividad vinculada o debida (en este sentido ver Cons. Estado, VI, del 26 de noviembre de 2008, nº. 5843, in: *www.giustizia-amministrativa.it*), en otros casos, sin embargo, se han pronunciado a favor de una decisión judicial extendida a los casos de actividades discrecionales (ver Cons. Estado, Sec. V, del 25 de febrero 2009, nº. 1116).
- 23 El código de proceso administrativo, de conformidad con el art. 44º de la ley sobre el proceso administrativo del 18 de junio 2009, nº. 69, regula las acciones y funciones del juzgado, previendo la nota "los pronunciamientos declarativos, constitutivos y de condena y capaz de satisfacer la pretensión de la parte vencedora". Sobre la tipología de la acción a proponer delante el juez administrativo ver, FOLLIERI, E (2011). "La tipologia delle azioni proponibili", in: SCOCA, FG

cumplimiento de la supuesta cuestión de fondo en este caso²⁴. En esta perspectiva, se coloca, claramente la acción contra el silencio-incumplimiento cuya disciplina, aún reconociendo las disposiciones de carácter sustancial establecidas por la l. n°. 241/90, como succ. integr. y mod., se enriquece con garantías adicionales, siendo extendido el poder del juzgado para determinar los méritos de la pretensión sustancial incluso "cuando parece que no hay márgenes residuales de ejercicio de la discrecionalidad y no son requisitos necesarios que deban ser hechos por la administración"²⁵.

La acción contra el silencio-incumplimiento es regulada por los art. 31° y 117° del c.p.a. como un remedio para conseguir del juzgado administrativo un pronunciamiento sobre el incumplimiento de la obligación de dictar medidas ex art. 21°, n°. 241/90, como succ. mod. y integr., así como en los méritos sustanciales de la pretensión, sólo en los casos de actividad vinculada, o a aquellos en los que parece que no hay margen residual para su posterior ejercicio de la discrecionalidad y no son requisitos necesarios que deban ser hechos por la administración (art. 31°, el párrafo 3 del c.p.a.).

El d. lg. n°. 160/2012, conocido como "correctivo" de código de procedimiento administrativo, ha fortalecido la tutela de la pretensión subjetiva con el logro de una medida expresa que confiere al solicitante el derecho a solicitar al juzgado, contextualmente la acción de nulidad o acción contra el silencio, dentro de los límites establecidos en el art. 31°, párrafo 3, de la condena de la administración pública a la cuestión de la medida invocada (art. 34°, párrafo 1, let. c), c.p.a.)²⁶. La acción legislativa reciente ha, por lo tanto, introducido en el sistema de las acciones que se propone un instrumento adicional de tutela, cuyo objetivo es garantizar al recurrente la satisfacción plena y efectiva de la pretensión deducida en juicio de conformidad con el principio chiovendiano de que el proceso "tiene que dar, por cuanto es posible en la práctica, a los que tienen derecho todo aquello y justo aquello que tiene derecho a conseguir"²⁷.

Aunque cabe señalar que algunos juzgados administrativos, a pesar de manifestar una orientación minoritaria, incluso antes de esa intervención habían permitido la condena de la administra-

(Ed) (2011). *Giustizia amministrativa*, Torino, pp. 181-218. En relación a las acciones en el proceso administrativo antes del código del proceso, ver DOMINICHELLI, V (2006). "Le azioni nel processo amministrativo", *Dir. Proc. Amm.*, p. 1ss.

- 24 Observa SCOCA, FG (2010). "Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale", *Dir. Proc. Amm.*, p. 15ss., que el juicio administrativo, teniendo como objeto la relación entre administración y privado, o la estructura de los intereses en juego en la decisión impugnada, no se trata de la pertinencia del bien de la vida, al menos en la actividad discrecional que no permite que el juzgado sustituya la administración en las decisiones que se relacionan con el mérito administrativo.
- 25 El art. 31° c.p.a. como succ. mod. art. 1°, párrafo 1, del d. lg. n°. 195/2011, establece, de hecho, en el párrafo 3 que "el tribunal puede pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión en juicio sólo cuando parece que no hay márgenes residuales de ejercicio de la discrecionalidad y no son requisitos necesarios que deban ser hechos por la administración".
- 26 En el texto del código de procedimiento administrativo elaborado por el Consejo de Estado figuraba también de la acción de cumplimiento, caso similar para el ordenamiento procesal alemán [para el cual se debe hacer referencia al trabajo de FALCON, G & FRAENKL, C (Ed.) (2000). *Ordinamento processuale amministrativo tedesco* (VwGO), Trento, que admite una línea de acción dirigida a la propia promulgación de un acto rechazado u omitido por la administración. Ver en este sentido, también MASUCCI, A (1991). *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano; CLARICH, M (1985). "L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale", *Dir. Proc. Amm.*, p. 60; ID., "Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo", *Dir. Proc. Amm.*, 2005, p. 565ss.; ID., "Azione di annullamento", in: www.giustamm.it; ver también: CARBONE, A (2012). *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo correttivo)*, in: www.giustamm.it, n° 9. De hecho, la versión del código otorgado por el Consejo de Estado, había previsto que una acción de este tipo podría ser llevada junto con la acción de anulación, mientras, en el caso de la inercia, debería haber sido formulada dentro del tiempo prescrito para la acción por el silencio, confiando el juzgado el poder de decidir sobre los méritos de la solicitud en el caso de actividad vinculada o en ausencia de adicionales márgenes de discrecionalidad y de la necesidad de cumplimiento por parte de la administración pública.
- 27 CHIOVENDA, G (1923). *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, p. 81.

ción pública del cumplimiento de la obligación de proporcionar medida de forma coherente con la solicitud del demandante²⁸, señalando que “no es cierta la disciplina del proceso donde se define y califica las necesidades de protección y las formas relativas de tutela (restitutoria, satisfactoria, compensatoria), sino la ley sustancial”²⁹.

Sin embargo, la actual previsión específica de una acción de evaluación, sin duda expresa la exigencia de poner el proceso administrativo al servicio de los ciudadanos cuyos intereses se ven afectados por un acto ilegítimo de la administración pública, en la óptica de un nuevo punto de vista que mira sobre todo a la pertinencia del bien de la vida injustamente sacrificado³⁰.

En este contexto, por lo tanto, la acción ex art. 31° c.p.a. contra el silencio administrativo, al tiempo que conserva la configuración original de las reformas más recientes (l. n° 80/2005, l. n° 69/2009, l. n° 98/2013) como instrumento para obtener una medida expresa que decida sobre una instancia propuesta a la administración pública, como resultado del advenimiento de las disposiciones introducidas por la segunda corrección se reforzó aún más en el nivel de la efectividad de la tutela, habiendo asumido un énfasis distinto el juicio sobre la pretensión sustancial y, por lo tanto, sobre la condena al pronunciamiento de la medida solicitada.

La configuración actual del ritual contra el silencio-incumplimiento previsto en los art. 31°, 117° y 34° del c.p.a., como mod. Al d. lg. N° 160/2012, tiene por objeto garantizar la certeza de los tiempos procedimentales como principio de la defensa de los intereses de los privados para obtener una decisión expresa, ya que es el único que puede permitir la activación de los instrumentos de tutela directos a la consecución de la vida injustamente negado.

Tal bien está, de hecho, a cargo del ordenamiento a través de un sistema de reglas que contribuyen con gradual intensidad a su búsqueda efectiva³¹.

28 Con la segunda corrección del código del proceso a que se refiere la d. lg. N° 160/2012 se introdujo la acción de cumplimiento, limitadamente la adopción de medidas injustamente negada o rechazada. Sin embargo, a pesar de dicha acción, parece posible afirmar que está todavía ausente en el juicio administrativo una acción general de cumplimiento que permita al solicitante obtener del juez también la condena a un comportamiento jurídicamente vinculante. La innovación del art. 34° c.p.a. parece estar debilitada fuertemente en cuanto la aparente atipicidad de las sentencias de condena está limitada por la conexión de tal acción a aquellas propias de tal recurso de anulación o de un recurso contra el *silentium*. En particular sobre la atipicidad de las acciones de condena v. FOLLIERI, E (2011). “Le azioni di condanna”, in: SCOCA, FG (Ed) (2011). *Giustizia amministrativa*, pp. 192-201. De manera más general, se cree ahora que se ha superado el principio de tipicidad de las acciones, ya que la jurisprudencia administrativa también ha propuesto la admisibilidad de las acciones de evaluación: Véase, en particular, Cons. Estado, Conferencia Plenaria, 29 de julio de 2011, n° 15, que establece que “la previsión faltante, en el texto final del código del proceso, de la acción general de evaluación no excluya la posibilidad de una técnica de tutela permitida por los principales ordenamientos jurídicos europeos, que, cuando sea necesario, con el fin de llenar las exigencias de tutela que no pueden ser adecuadamente satisfechas por las acciones tipificadas, tiene un fundamento en las normas inmediatamente establecidas por la Carta fundamental con el fin de asegurar la protección plena y completa de los intereses legítimos (art. 24°, 103° y 113°)”. Así que también “por los intereses legítimos, de hecho como pacíficamente considerados en el proceso civil para los derechos individuales, la garantía constitucional impone reconocer los recursos de evaluación autónoma, especialmente en lo que respecta a todos los casos en los que, en ausencia de una medida a impugnar, una acción similar resulta indispensable para satisfacer la pretensión sustancial del solicitante. Este resultado no puede oponerse al principio de tipicidad de las acciones, como corolario indefectible de la efectividad de la tutela es sólo el principio de la atipicidad de las formas de tutela”.

29 Ver Tar Lombardia, Brescia, 8 de junio de 2011, n° 1428, in: www.federalismi.it, según el cual las acciones de evaluación típicas, incluyendo la llamada *class actio* pública, tendrían el papel no de disposiciones excepcionales sino de ejemplificación de una acción ahora admitida generalmente.

30 Sobre la configuración del proceso administrativo como instrumento de tutela dedicado a la efectiva y plena satisfacción del interés sustancial deducido en juicio, permítase referir a INTERLANDI, M (2013a). *Op. cit.*

31 En referencia al sistema de tutelas de las situaciones individuales insertas en las funciones administrativas nos remitimos a INTERLANDI, M (2013a). *Op. cit., passim*.

Se trata, en particular, de reglas destinadas a garantizar, en situaciones de imparcialidad, la realización de las condiciones necesarias para la promoción de los derechos de los ciudadanos. Por otra parte, el bien de la vida al cual está, por regla, anclado el interés legítimo se debe a una necesidad de la persona, y esto es suficiente para darle relevancia constitucional que se traduce en el reconocimiento de aquel que aspira al derecho de asegurarse que esta expectativa es, en condiciones de igualdad de oportunidades, realmente satisfecha. Lo que no significa que esos bienes necesariamente deban atribuirse a la administración, sino sólo que el que busca su consecución pueda ejercer poderes diseñados para influir en las decisiones públicas desde el momento de su programación y planificación.

Por lo tanto, es la tutela de la persona, de acuerdo con una lectura combinada de los art. 3º y 24º const., que impone al ordenamiento adoptar cada solución útil para que no se produzca el daño, y sea posible la actuación efectiva de las situaciones existenciales (art. 3º, párrafo 2), por lo que la principal forma de garantía de la libertad y los derechos civiles y políticos del hombre está representada principalmente por la eficiencia administrativa, funcional para lograr aquel bien conectado con los intereses homogéneos a una pluralidad de sujetos³².

32 *Ibid.*, p. 234. En particular, cuando se habla de la eficiencia administrativa, se alude a la calidad de la función como objetivo que el legislador impone que la administración pública lleve a cabo una función para mejorar el nivel de bienestar de la colectividad. Con este fin, el d. lg. n°. 150/2009 impone a todas las administraciones seguir un procedimiento, "el ciclo de la gestión del *rendimiento*", ideado para identificar los objetivos que el individuo debe alcanzar, los estándares de calidad que se deben cumplir y los indicadores para medir los resultados conseguidos, entre los cuales está también el "tiempo".



La *Praesumptio Mortis* en el *Decretum Gratiani*

Presumption of Death in the *Decretum Gratiani*

Collectanea Di SANTO

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

La reflexión sobre la temporalidad constituye, en la complejidad que le es propia, uno de los puntos nodales del pensamiento humano. El universo jurídico entre tiempo gnósico se confronta con esta complejidad que desde siempre caracteriza los estudios filosóficos jurídicos, cuando debe ocuparse de la relación entre tiempo y derecho. Cuestión central que incide sobre la peculiaridad de lo jurídico, sobre la existencia y sobre la formación de las instituciones políticas en las cuales viven las comunidades. Si por un lado la tensión de la vida cotidiana es medida por las relaciones en una suerte de crono dependencia, por la otra parte, el hombre se hace subjetivo frente al transcurrir del tiempo, aceptando también la memoria como decurso 'social' instituido. A través del paradigma de la temporalidad, entonces, es posible discutir no sólo del mundo interior del hombre, pues parece posible emprender una vía para trazar los debidos perfiles hermenéuticos en torno a la relación derecho-tiempo, tema central de la tradición filosófica jurídica, especialmente la italiana.

Palabras clave: Derecho, *Praesumptio Mortis*, *Decretum Gratiani*, tiempo.

Abstract

The reflection on temporality constitutes, in the complexity that belongs to it, one of the nodal points of human thought. The legal universe in gnosis time confronts this complexity that has forever characterized legal philosophical studies, when it ought to occupy itself with the relation between time and law, the central question that affects the peculiarity of what is legal, regarding the existence and formation of the political institutions in which communities live. If, on the one hand, the tension of daily life is measured by relations in a kind of chronos dependence; on the other hand, man makes himself subjective facing the passage of time, also accepting memory as an instituted social course. Through the paradigm of temporality, then, it is possible to discuss not only the interior world of man; it also seems possible to undertake a way to trace the required hermeneutic profiles about the law-time relationship, a central theme of the legal philosophical and especially, the Italian tradition.

Keywords: Law, *Praesumptio Mortis*, *Decretum Gratiani*, time.

INTRODUCCIÓN

La existencia de la institución de la presunción de muerte no es aceptada totalmente por la doctrina canónica. Si por una parte se afirma con convicción basada en investigaciones fidedignas la existencia de esta institución aunque dentro de ciertos límites y con un especial significado¹, otros niegan la pertinencia de esa afirmación demostrando como el derecho de la Iglesia es desconocido por esa institucionalidad².

Según el significado etimológico, la *presunción*³ consiste en lo que la ley o el juez consideran como verdad de un hecho antes de que sea probado. Se puede constatar que las definiciones que se han hecho desde siempre en la doctrina repiten el mismo concepto, en otras palabras, la presunción es el medio por el cual, comprobada la verdad de un hecho (conocido), se llega a admitir, por consecuencia indirecta y probable deducido del hecho mismo, la existencia de otro hecho (esta vez desconocido)⁴. La clasificación realizada divide la institución de esta presunción jurídica en dos categorías: las presunciones *legales* (juris, legis) y las presunciones del hombre o *simples* (*facti, hominis, iudicis*). Las primeras están establecidas, precisamente, ex ley. En ellas, la probabilidad de un hecho

- 1 Véase SPINELLI, L (1943). *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, pp. 5ss.; JEMOLO, AC (1937). *Il Matrimonio*, Torino, p. 304; SCHIAPPOLI, D (1929). *Il matrimonio nel diritto canonico*, Nápoles, pp. 62-63; 107; FALCO, M (1935). *Corso di diritto Ecclesiastico*, vol. I, Padua, p. 252; SCHIAPPOLI, D (1932). *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Nápoles, pp. 163-164.
- 2 FEDELE, P (1941). *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, n.º 33, pp. 90-91; FEDELE, P (1940). "Considerazioni canoniche sul titolo VI del matrimonio. Libro I cod. civ.", in: *Archivio di diritto ecclesiastico*, Florencia, p. 200.
- 3 Derivada de *praesumere*, literalmente significa *tomar antes, tomar a preferencia*, y en este sentido se encuentra en TÁCITO: *Ann.* 14, 3.
- 4 Desde los retóricos, como se refiere Menochio cuando "probatio artificialis, verisimilis, credibilis «in qua ex aliquibus positis verisimiliter atque ita probabiliter, non autem necessario sequitur quod intendimus»" [in *De praesumptionibus, conjecturis, signis et iudiciis*, Cramer et filii, Genevae 1724, Lib. 1, q. IV, 1, coll. 6-7, ed ivi amplia bibliografía; q. V, 2, col. 8]; pero también los comentaristas, como Bartolo da SASSOFERRATO (1581). "Praesumptio est coniectura seu divinatio in rebus dubiis collecta ex argumentis vel iudiciis per rerum circumstantias frequenter evenientibus", *Digestum vetus Commentaria*, Lugduni, ad tit. *De probationibus et praesumptionibus*, XXII, III; UBALDI, degli B (1577). *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, ad tit. *De probationibus et praesumptionibus*, XXII, III. También como los humanistas: CUIACIO (1578). "Ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones", in: *Recitationes sollemnes*, Venetiis, *De probationes et praesumptiones*, I, col. 678; VII, col. 849; o incluso como ALCIATO (1551). "Praesumptio est probabilis coniectura ex certo signo proveniens quae, alio non adducto, pro veritate habetur", in: *Tractatus de praesumptionibus*, apud haereditas Iacobi Iuntae, Lugduni, par. 1, 8. No deben ser cubiertos los tratadistas como TREUTLER (1596). "Praesumptio est quaedam de re anticipatio, pro vero aliquid, ante legitimas probationes, ex illo quod plerumque fit aut plerumque intelligitur sumens", in: *Selectarum disputationum ad ius civile Iustinianum, quinquaginta libris Pandectarum comprehensum, volumina duo*, Marpurgi, II disp. IV, n.º. X, p. 279), también VOET (1775). "Praesumptiones sunt conjecturae ex signo verisimili ad probandum assumptae, vel opiniones de re incerta necdum penitus probata", in: *Commentarius ad pandectas*, ex typographia Petri Valvasensis, Venetiis, lib. XXII, ad tit. III, *De probationibus et praesumptionibus*, 13, pp. 549-550), HEINECIUS (1798). "Praesumptiones sunt coniecturae ductae ab eo quo fieri vel contingere solere ut plurimum", in: *Elementa iuris civilis secundum ordinem pandectarum*, Venetiis, II, ad tit. *De probationibus et praesumptionibus*, § 117) y RICHERI (1892). "Praesumptio describitur potest argumentum quo facti dubii probabilis fides fit", in: *Universa civilis et criminalis iurisprudentia iuxta seriem institutionum ex naturali et romano iure deprompta et ad usum fori perpetuo accomodata*, Laude Pompeia, XI, § 845). El concepto se repite siempre en la doctrina moderna, entre los que recordamos a von GLÜCK, que define a las presunciones como "conclusiones basadas en calidad y relaciones ordinarias de las cosas y las circunstancias que deben acompañarlas, y que sin embargo, son probables", in: *Comentario a las Pandectae*, traducido y enriquecido de exhaustivas notas respecto al Código civil del Reino de Italia, a cargo de SERAFINI, F & COGLIOLO, P; MILAN, Y & VALLARDI, L (1888). I, § 40; Para el Sr. GIORGI en cambio, las dos palabras *presunción* y *especulación* significan igualmente "ese procedimiento racional por el que la mente por un hecho conocido y cierto argumenta para natural y probable concatenación de causa y efecto, un desconocido", in: *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Florencia 1884, I, p. 420; LAURENT (1889), por último, considera la presunción como "un simple razonamiento fundado acerca de una probabilidad", in: *Principes de droit civil*, voll. 1-30, Bruxelles-Paris, III, p. 361; VIII, p. 518; XVI, p. 166].

será establecida por la ley que impone un determinado grado de credibilidad; los efectos de las presunciones legales se reflejan en la carga de la prueba; es decir, sobre la prueba del hecho desconocido, ya que éste es pretendido por la ley en virtud del nexo causal existente entre éste y el hecho conocido. Y las presunciones legales se dividen a su vez en presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan o no la prueba contraria.⁵

Las presunciones simples son aquellas no establecidas por la ley, pero dejan a la prudencia del juez dentro de ciertos límites de elegibilidad; dentro de esas presunciones la probabilidad de un hecho no es más establecida por la ley, pero es determinada por el razonamiento de quien está llamado a decidir la controversia.

Así en línea general, también en el derecho canónico la presunción se presenta también como una "probato impropia", "cum no ostendat directe factum controversum, sed alia facta quae ex se sunt controversiae externae, et ex quibus, discurrendo a causa ad effectum aut viceversa, conicit veritatem facti controversi. Idea praesumptio dicta est a vocabulis prae et sumptio quia ante probationes aliquid sumit uti legitime probatum et verum attentis indiciiis"⁶. Del mismo modo, en el ordenamiento canónico plano-benedictino, encontramos también la distinción entre presunciones legales y simples. Las primeras a su vez están divididas en presunciones *iuris simpliciter* y *iuris et de iure* de la misma manera que en el ordenamiento civil. En efecto, el canon 1825 del código plano-benedictino en el parágrafo 1º, después de haber dicho que "praesumptio est rei incertae probabilis coniectura", añade "eaque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur, alia hominis quae a iudice conicitur"; en el parágrafo 2º: "praesumptio iuris alia est iuris simpliciter, alia iuris et de iure". El canon 1828, a propósito de las presunciones simples, dice que: "praesumptiones quae non statuuntur a iure, iudex se coniciat nisi ex facto certo et determinato quo cum eo, de quo controversia est, directe cohaereat".

Ahora, con base a esto, si debemos descartar la existencia en el derecho canónico de presunción legal de muerte⁷, no puede decirse igualmente la presunción simple o declaración judicial de muerte entendida como consecuencia de que el juez, mediante su razonamiento, obtiene un hecho conocido (la desaparición ocurrida en ciertas circunstancias particulares) para localizar un hecho ignorado (la persuasión de la muerte del desaparecido). En relación a hechos imprevisibles (terremotos, tsunamis, pero también guerras, naufragios, largos viajes, etc.) puede determinarse el hecho de que la muerte del desaparecido no sea verdadera. Y así esta incertidumbre, ante los distintos casos que, en concreto podrán darse, se determinará de diversas formas para crear toda una gama de situaciones que van desde una improbabilidad de muerte del desaparecido, a una gran probabilidad de ese acontecimiento. Frente a estas circunstancias que determinan, ciertamente, la incertidumbre ante un hecho en el resultado de sus múltiples consecuencias jurídicas, pero que al mismo tiempo

5 Esta subdivisión era ya expresada en estos términos por la doctrina, véase Menochio según el cual "praesumptio iuris dicitur quia a lege introduzca oriental, et de iure quia super estas praesumptione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate", (MENOCHIO, J (1615). *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciiis*, Coloniae Agrippinae, lib. I, qu. III, c. 18, p. 5). Parece claro que en las modernas legislaciones la definición se encuentra adoptada en determinación de la misma subdivisión pero con una terminología diferente, y así se habla de presunciones relativas o vencidas o discutibles, para indicar las juris únicas e irrepetibles; y presunciones absolutas o invencibles o perentorias, para indicar las de iuris y las de iure.

6 Véase también NOVAL, G (1920). *Commentarium Codicis Juris Canonici*, Turín, p. 375; WERNZ, X & VIDAL, P (1928). *Jus canonicum*, t. VI, *Ius matrimonial*, Roma, p. 465.

7 DEL GIUDICE, V (1936). *Istituzioni di diritto canonico*, Milán, p. 38: "el derecho canónico no ha instituido la presunción legal de muerte. Lo que quiere decir que en ningún caso las relaciones jurídicas cesan con la muerte, se pueden considerar reintegradas de otra manera".

requieren una reglamentación, los ordenamientos jurídicos incluyen en todo caso el instituto la institucionalidad de la presunción aunque a veces en forma distinta, incompleta o no definitiva.

El legislador canónico, en este sentido, había dado expresamente un reglamento especial, sólo en el caso en que el cónyuge del desaparecido hubiera querido contraer nuevas nupcias. Un reglamento por lo tanto limitado a los efectos matrimoniales⁸. No obstante es de pensar que con esto la Iglesia, haya querido sancionar de manera implícita su punto de vista en la materia y haya trazado también tales directivas para hacerse valer a cualquier efecto⁹. No hay duda, por tanto, que necesariamente habrá que hacer referencia al derecho matrimonial para explicar los orígenes y el desarrollo histórico-jurídico del instituto de la institucionalización de *praesumptio mortis*¹⁰. En efecto, el canon 1141 del actual código de derecho canónico (que vuelve el canon 1118 del Código anterior), establece que el matrimonio válido y consumado no podrá ser disuelto “nada humana potestate, nullaquae causa, praeterquam morte”; por ello resulta evidente que no pueda ser admitido contraer sucesivas bodas a quién no demuestre de manera cierta y positiva, el fallecimiento del otro cónyuge.

Ahora, este fallecimiento normalmente estará compuesto por algún documento auténtico de muerte expedido por la autoridad popular; pero cuando faltan los documentos auténticos, por vía totalmente excepcional, podrá entonces eventualmente suplirse con la certeza moral de la muerte del desaparecido, certeza moral que el juez tendrá, en este caso, como el resultado de un cuidadoso examen de testimonios, indicios y de circunstancias especiales que le hayan generado esta firme convicción. Una parte de la doctrina, a partir de esta hipótesis, habla de declaración judicial de muerte¹¹, casi como si la autoridad eclesiástica al final del procedimiento, que es habitual instaurar en casos similares, emitiera una verdadera, propia y explícita declaración de muerte. Esto no es del todo exacto, en la medida en que la autoridad eclesiástica competente emita solamente un “transitus a

8 Véase CIPROTTI, P (1943). *Lezioni di diritto canonico*, Padua, p. 196.

9 Véase también *Sagrada congregación de iglesia*, del 28 de agosto 1841, donde se resuelve el caso de ausencia del titular de un beneficio simple, después de un ponderado examen, dicha orden del Obispo del lugar donde era el beneficio cuyo titular había desaparecido, debe nombrar otro suponiendo la muerte del anterior. La certeza moral de la venida muerte del desaparecido, en relación con la cual la autoridad popular había resuelto el caso, se basaba fundamentalmente sobre la avanzada edad de éstos (habrían tenido 90 años) y sobre la falta de su paradero por largo tiempo (de aproximadamente 28 años), aunque precisas investigaciones hubieran sido efectuadas (“Placentina visitationis SS.LL. quoad beneficium”, in: *Thesaurus resolutionum S. Congregationis Concilii*, Tom. Nos, Romae 1841, p. 300). Hay que considerar que la Iglesia, en caso de ausencia del titular de un beneficio, como en otros casos de ausencia, se atendrá a un criterio menos estricto de lo que suele utilizar para el caso del matrimonio del desaparecido, teniendo en cuenta la gran importancia que tiene para el ordenamiento canónico el principio de su del vínculo matrimonial. Origen del nombre *beneficio*, véase Du FRESNE Du CANGE, C (1889). *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, verb. *Beneficium*, t. I, L. Favre, Niot, p. 631; Véase, además, AMBROSETTI, T s.v.(1926). “Beneficios Eclesiásticos”, in: *D.I.*, vol V, Turin, p. I, pp. 312-487; Van ESPEN, B (1729). *Ius Publicum Ecclesiasticum*, lib. *De Beneficiis*, Coloniae Agrippinae; JEMOLO, AC (1930). “Beneficio (Beneficio Eclesiástico)”, in: *E.I.*, VI, p. 624-625; STUTZ, U (1895). *Geschichte des Kirchlichen Benefizial Wesens*, Berlin, 1895.

10 Véase, además, FEDELE, P (1936). “Il matrimonio dello scomparso”, *Rivista di diritto civile*, p. 165.

11 Véase SCHIAPPOLI, D (1929). *Op. cit.*, p. 62: “la disolución del primer matrimonio por muerte debe ser probado y no sólo presunto, para que el matrimonio del cónyuge superviviente pueda efectuarse. Sólo cuando no se pueda probar el acto de muerte, se podría suplir con la declaración de muerte presunta, tras un procedimiento de verificación”. Pero también para JEMOLO, AC (1930). *Op. cit.*, p. 304: “la Iglesia admite la presunción de muerte consumante por hacerse caso por caso, en ocasión de la solicitud del cónyuge del desaparecido de contraer nuevas bodas”; FRIEDBERG, E (1893). *Tratado del derecho eclesiásticas católico y recogido*, ed. it., editado por RUFFINI, F (1893), Turin, p. 574: “Eficiencia similar a la disolución del matrimonio por muerte o por ausencia de uno de los cónyuges, no para otro según el derecho canónico y según las teorías antiguas, según las cuales la disolución del primer matrimonio por muerte debe ser probado y no sólo presunto para que el nuevo matrimonio del cónyuge pueda efectuarse. No hay duda de que en este caso se debe entender como legalmente presunto, porque también el ordenamiento canónico considera lo que se ha comprobado como una presunción *hominis*, como prueba fehaciente”.

novas nuptias". No hay duda de que desde el punto de vista meramente sustancial, la posibilidad dada por el cónyuge de poder descansar (ya tiene su única razón de ser el hecho de que de la muerte del desaparecido, el juez ha alcanzado la certeza moral), se configura en buena sustancia como el efecto de una declaración de muerte incluso si no *expressis verbis* pronunciada; y esto se encuentra implícitamente contenido en la concesión de las nuevas nupcias. En este sentido, y sólo así, podemos hablar de declaración judicial de muerte en el ordenamiento canónico.

Por tanto, parece evidente que la Iglesia consiente otras nupcias al cónyuge superviviente, no sólo cuando en los actos se invoque la absoluta certeza de la muerte del desaparecido, sino también si, "*deficientibus veri nominis probationibus, talis indiciorum et coniecturarum cumulus habeatur ut assertus obitus maxime probabilis seu moraliter certus appareat*"¹²; es decir, cuando se considera de por sí misma suficiente la existencia de la simple prueba consistente para determinar la *moralis certitudo* del juez. Y es, en este caso, declarar suficiente la prueba consistente para la certeza moral del juez para que la Iglesia se sirva de una presunción simple que le permita considerar fallecido el cónyuge desaparecido. Queriendo, si acaso, tendrá que reconocer el motivo por el que la Iglesia ha querido excluir que esta materia pudiera ser regulada por las presunciones legales y esto debe aplicarse al hecho de que en este campo es necesario tener todas las cautelas del caso. Y es por eso que el juez no es un mero verificador de la competencia de factores en base a los que puede surgir la presunción, sino que considera necesario que la certeza moral de que el difunto ha efectivamente fallecido está determinada tras un cuidadoso examen realizado, mediante el razonamiento lógico y el momento probatorio¹³.

No se podrá decir, por otro lado, que la aceptación por parte del ordenamiento canónico de esta institucionalidad esté en contradicción con el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial; en efecto, como recuerda una parte de la doctrina, el hecho de que la Iglesia, aunque es rígida en la formulación y en la exigencia del cumplimiento de sus principios, intransigente en su legislación y firme en sus posiciones adquiridas como básicas; sin embargo,

(...)se inspira en un humano, prudente y vivo realismo en todos esos casos, en los que siente el deber de encontrarse con los deseos de sus fieles. La codificación de la Iglesia no es, en efecto, árida y abstracta, está adherida a la vida, aunque permaneciendo siempre animada por un elevado espíritu de ideales, sentimientos y deberes. Así que, cuando la Iglesia acoge en su ordenamiento jurídico la declaración judicial de cónyuges desaparecidos, es porque de otro modo serían destinados a continuar su vida unidos por un vínculo que no daría ninguna confrontación moral ni material, pero que les pondría en una situación que de no estar favorecidos por una fuerte voluntad cristiana, fácilmente la induciría a pecar¹⁴.

Pero lo que se ha dicho en la doctrina, no parece totalmente aceptable en la medida en que la Iglesia, concediendo al cónyuge superviviente las nuevas nupcias cuando se tenga la certeza aunque sólo moral del fallecimiento del desaparecido, no contradice el principio de la indisolubilidad del

12 CONGREGATIO S. OFFICII (1868). "Istruzione Matrimonii vinculo, 13 de mayo de 1868", in: *Collectanea Sacra Congr. de Propaganda Fide*, vol. II, Roma 1907, n.º 1321, p. 7.

13 No hay duda de que lo que se admite, en base a una presunción *hominis* constituye sólo la mera probabilidad de un hecho, la cual como cualquier presunción simple cae ante la prueba contraria; de ahí la declaración de muerte supuesta que implícitamente es emitida por el juez cuando concede las nuevas bodas, está basada en lo que le parece como cierto, y no ya sobre lo que es la verdad absoluta.

14 Véase SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, pp. 9-10.

vínculo matrimonial, sobre todo en razón del hecho de que en el ordenamiento canónico no se requiere nunca como necesaria la certeza material, absoluta en el asunto de nulidad o de disolución del vínculo matrimonial, pero considera suficiente la sola certeza moral¹⁵.

El código de Derecho canónico de 1983 ha introducido de nuevo la institucionalidad del procedimiento de muerte presunta del cónyuge (canon 1707¹⁶); esta introducción fue pedida a voces por los grupos de estudio para el nuevo código y fue deliberada por el Grupo de *processibus* que quiso así colmar la laguna¹⁷.

LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ALEMÁN

Pero para poder comprender mejor e introducirnos en la institucionalidad de la presunción, conviene necesariamente ir los antecedentes históricos que se encuentran en el derecho *romano* y en el *alemán* o, más precisamente, *romano-barbárico*. En el derecho romano, esta institucionalidad es considerada en forma de *ausencia*¹⁸, entendiéndola como el alejamiento del individuo de su propio domicilio acompañado por ciertas circunstancias que generan la duda razonable de si estuviera vivo o muerto: "ita absit ut ignoretur ubi sit et an sit"¹⁹; sin embargo no está presente una teoría general entendida como un conjunto de normas que constituyan una institucionalidad orgánica²⁰. Por una parte, en la doctrina, esto se debió al hecho de que la extendida organización defensiva del Imperio ofrecía una amplia seguridad personal²¹; por otra parte, de manera más razonable (porque para el desarrollo de los comercios y para la continuidad de las relaciones hostiles, debía ser frecuente las personas desaparecidas), considera que en el derecho romano no se haya sentido la necesidad de una disciplina orgánica de la ausencia o para la particular concepción del paterfamilias romano (considerado idealmente presente también como ausente), para que el acto jurídico quedara suspendido hasta su regreso²², o bien porque en relación con la ductilidad del sistema romano sobre la prueba, era posible poner a la apreciación del juez o establecer según las circunstancias particulares del caso concreto, sin ajustarse a un criterio único, qué medidas fueran más sencillas y justas

15 Del resto ya en PHIRING (1759), *Jus Canonictim*, Venetiis, lib. IV, ti. I, sect. V, § 11, n° 132, se ha afirmado genéricamente el principio de que "in omni genere humanarum rerum et actionum sufficit moralis certitudo, acum maior vix haberi possit". Si luego, por otra parte, se observa el contenido del discurso de Pío XII, el 18 de octubre del 1942 para la inauguración del año judicial ante la Sagrada Romana Rota (in: *Civiltà Cattolica*, 1942, vol. IV, pp. 108-111), se encuentra la confirmación de esto, en la medida en que la certeza absoluta "no es necesaria para argumentar la sentencia", porque exigirlo equivaldría a exigir algo razonable por el juez y por las partes», explícitamente afirma suficientemente la certeza moral "incluso si en el caso particular sería posible de alcanzar por vía directa o indirecta una certeza absoluta".

16 "Cada vez que la muerte del cónyuge no pueda ser demostrada con un documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no será dispensado del vínculo matrimonial sino después de la declaración de muerte presunta, dictada por el Obispo de la diócesis. — la declaración de que § 1 puede ser pronunciada sólo por el Obispo, hechas las investigaciones pertinentes, por las disposiciones de los textos, de la opinión pública o sobre la base de indicios, y que se tenga la certeza moral de la muerte del cónyuge. La sola ausencia del cónyuge, en cuanto prolongada, no es suficiente. — En los casos inciertos y complejos, el obispo consultará la Sede Apostólica".

17 Véase *Communicationes*, 1979, p. 282, adunatio 16 maii.

18 FADDA, C & BENSA, PE (1902). Nota "g" alla traduzione italiana del vol. I, parte 1, del *Diritto delle Pandette* del Windscheid, Turin, 1902, vol. IV, p. 246; BESTA, E (1931). *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, cap. XXX, p. 147; CICCAGLIONE, F (1886). "Manuale di storia del diritto italiano", *Archivio Giuridico*, vol. XXXVI, Pisa, p. 476.

19 D. XXIII, 2, 10.

20 BONFANTE, P (1932). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 49.

21 Véase SOLMI, A (1930). *Storia del diritto italiano*, Milán, p. 294.

22 ROBERTI, M (1935). *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Padua, vol. I, parte II, p. 234.

a fin de mantener y proteger los derechos de la persona ausente o de transmitirlos a otros decidiendo sobre la existencia o acerca del mismo ausente²³.

Otros, por último, justifican el hecho diciendo que los romanos habrían detectado esta oportunidad de la institucionalidad porque del estado de ausencia brotan relaciones jurídicas de naturaleza heterogénea e incluidas cada una dentro de determinadas instituciones jurídicas como el matrimonio, la sucesión, la protección y así sucesivamente, de regular los diferentes efectos con normas que tuvieran su natural ubicación en los distintos centros a los que se referían y en los cuales se ensimismaban²⁴.

Hay que precisar que el derecho romano evitó restringir dentro de las presunciones legales la declaración de muerte de un ausente y poner al juez a examinar cada caso. Se plantea, pues como principio básico que el ausente se presume vivo al menos hasta que el juez, según su libre convicción, lo que plantea en función de las pruebas facilitadas por aquellos que tendrán un interés en que la muerte sea comprobada, no debía diferir en el caso específico por las hipótesis de vida²⁵. También se tomaba el límite de los cien años como punto extremo de la vida humana, "son vitae longa hominis"²⁶, sin embargo, por ello no se saca ninguna presunción legal relativa a quien haya desaparecido sin dejar rastro de sí mismo²⁷. Sin embargo, entre los distintos medios y elementos de prueba que el juez podía utilizar para eventualmente llegar a la convicción de la muerte del desaparecido, tales como la distancia de los lugares, la duración, debía figurar también el de los cien años de vida, incluida en su consideración general la edad del ausente. Sin embargo, si en alguna parte el logro de los cien años de edad es considerado como un hecho, en el juez romano habría sin duda provocado la convicción de la muerte del ausente²⁸, por otra parte, esto no se ha señalado con tanta seguridad²⁹.

23 Véase TAMASSIA, G (1886). "L'assenza nella storia del diritto italiano", *Archivio Giuridico*, vol. XXXVI, Pisa 1886, p. 476 y p. 484; CALLEGARI, D s.v (1937). "Assenza", in: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Turin, p. 793; BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 174.

24 MASSUCCI, V s.v (1886). "Assenza", in: *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, parte IV, Milán, p. 433. Véase también a DONATI, B (1911). "L'esigenza storica della dissolubilità del vincolo nuziale dell'assente", *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLIX, Turin, p. 12, el cual afirma que "la institución de la ausencia aunque definida con claridad y modernidad de conceptos, no era como todo el mundo sabe autónomamente regulada".

25 Véase SOLMI, A (1930). *Op. cit.*, p. 294; SALVIOLI, G (1930). *Storia del diritto italiano*, Turin, p. 341; PERTILE, A (1894). *Storia del diritto italiano*, vol. III, Turin, p. 254; NANI, G (1902). *Storia del diritto italiano*, Turin, p. 11; GENUARDI, L (1924). *Storia del diritto italiano*, vol. II, parte II, Palermo, p. 160; GENUARDI, L (1932). *Lezioni di storia del diritto italiano*, vol. II, Padua, p. 134; ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, vol. I, p. 122 y vol. III, p. 240; ARANGIO RUIZ, V (1934). *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, p. 46; PEROZZI, S (1928). *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, parte II, Roma, p. 191; PACCHIONI, G (1914). *Corso di diritto romano comparato con il diritto civile patrio*, vol. 1, Roma, pp. 138ss.; SCHUPFER, F (1913). *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol. 1, Città di Castello, p. 8; FAGGELLA, G (1902). "Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subbietto di diritto naturale nel codice civile germanico comparato", *Archivio Giuridico*, vol. 69, Modena, p. 63; B. BIONDI, B (1946). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 73; SACCHI, A (1893). "Sulla teoria degli assenti nel diritto civile e giudiziario dei romani", *Archivio Giuridico*, vol. LI, fasc. 6, Pisa, pp. 497 e ss.

26 SALVIOLI, G (1930). *Op. cit.*, p. p. 341.

27 BRUGI, B (1926). *Istituzioni di diritto romano*, Turin, p. 341.

28 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p. p. 12.

29 Véase TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 476, 484. El autor, después de haber aludido a la hipótesis propuesta por Burns y que el gráfico de ULPiano ("computatio In alimentis faciendi") pudiera servir de cómputo a la probabilidad de vida en caso de ausencia, y haberla juzgado algo muy dudosa, subraya: "más cercano a lo verdadero nos parece otra hipótesis apoyada por Glossa... que el plazo máximo de la vida humana fuera calculado en cien años. En efecto, su antigua doctrina religioso-naturalista, basada en el cálculo decimal, que tiene tanta parte en el sistema político-administrativo romano, y que se encuentra citada también por autores romanos, está también en las leyes que consideran el siglo como la "fines vitae longevi hominis". Que ni siquiera esta idea, nos parece, pudiera ser probada, de cualquier forma

Mirando a una institución similar, el *ius postliminium*³⁰ y también a la *ficción legis Corneliae*³¹, se nota como ésta no está en contraste con la institución de la ausencia, en la medida en que se considera la ausencia más bien a lo vivo que muerto o de considerarlo con vida hasta que no se demuestre lo contrario. En efecto, en preceptos que tratan de estos dos centros no se obtiene presunción de muerte respecto del prisionero (en buena sustancia, no se declara por muerto un preso sólo porque ha sido capturado por los adversarios), permaneciendo estos sólo “en pendientes” y al final la incertidumbre será únicamente determinada por el regreso del prisionero o por su probado fallecimiento³².

En definitiva, el derecho romano nada ha dicho en materia de regulación de la condición jurídica del cónyuge del desaparecido. Y no se encuentra nada que se desvíe de los principios generales, que en materia de ausencia acabamos de ver. Y por tanto el *captivus* “*acum reversus fuerit, omnia pristina iuria recipit hecho postliminii*”³³. Por estas razones, según una parte de la doctrina, no es considerado posible para el matrimonio, “dado que esté disuelto por la ocurrida incapacidad del *captivus*”³⁴, en cuanto por la pérdida de la libertad por parte del cónyuge hecho prisionero, estaba a faltar el *connubium*, elemento esencial a contraer y para hacer perdurar las “*iustae nuptias*”³⁵ interviniendo también la “*capitis deminutio maxima*”³⁶. Otros creen³⁷ que el “*ius postliminii*” permitiría a quien regresara como prisionero de guerra reanudar y continuar el matrimonio siempre que, por la lejanía determinada por encarcelamiento, no hubiesen cambiado las disposiciones del ánimo de la esposa, y el *affectio uxoris*, pese a la falta de “*communio vitae*” habiendo perdurado, basando esta interpreta-

concede gran libertad al juez romano, cuando deba disponer de la posesión definitiva de los bienes de un ausente, los parientes o los derechohabientes”.

- 30 El *ius postlimitante* era instituido en base al que el ciudadano romano convertido en esclavo del enemigo (*captivus*) si regresaba a las fronteras romanas con la intención de permanecer en la patria (*animus remanendi*, in: D. XLIX, 15, 5, 3), recuperaba la libertad y todos sus derechos, volviendo a ser también, eventualmente ingenuo, como si nunca hubiera sido prisionero. Di MARSO, S (1944). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 34. Véase además, BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 50; SERTORIO, L (1916). *La prigionia di guerra ed il diritto di postliminio*, Turín, pp. 61, 64, 113.
- 31 La ficción legal *Corneliae*, establecía el principio de que “el ciudadano muerto en encarcelamiento, se debía considerar en cualquier parte del derecho como muerto al momento de caer preso (DI MARSO, S (1944). *Op. cit.*, p. 50). Véase también BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, p. 50.
- 32 TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, p. 477.
- 33 Así ULPIANO: 10, 4.
- 34 Di MARSO, S (1944). *Op. cit.*, pp. 34-35.
- 35 *Ibid.*, p. 165. CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793; PACCHIONI, G (1920). *Corso di diritto romano*, vol. III, Turín, p. 348 nt. 1, el cual sostiene que los prisioneros de guerra pudieran escoger de hecho el matrimonio, al menos en la era clásica.
- 36 BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, p. 189. Para quien no era ninguna afección *uxoris* que pudiera contrarrestar la *capitis deminutio*, debiendo al paso interpretarse necesariamente “sin ángulos visuales”. Véase también Di MARSO, S (1944). *Op. cit.*, p. 157.
- 37 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p. p. 13.

ción particular en el “dirimitur matrimonium... captivitate”³⁸, sobre el contenido de algunos fragmentos del *Digesto de lex Iulia et Papia*³⁹, de Pomponio⁴⁰ y Giuliano⁴¹.

De tales fragmentos, se puede más bien obtener lo contrario, es decir, la absoluta imposibilidad para el *captivus* que hubiera vuelto como prisionero de guerra de “recuperare uxorem, iuris postliminii” y la necesidad (porque el matrimonio que él anteriormente contrajo podría considerarse disuelto ipso iure, porque con la libertad éstos habían perdido también la capacidad jurídica) de contraer nuevamente matrimonio, siempre que la esposa entretanto no hubiera realizado otra boda y perdura la misma. Pero esto sólo sucede con el derecho clásico; pero hay que observar cómo, en un primer tiempo, el prisionero de guerra que no fuera desertor (Pablo XLIX, 15, 19, 4) una vez de regreso a su patria, mientras su matrimonio previamente contraído hubiera sido *cum manu*, tenía la posibilidad de recuperar, *iure postliminii*, la esposa. Con el tiempo el matrimonio *cum manu* cayó en desuso, esto explica el por qué Pomponio sin distinguir podía escribir “no ut a pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu reintegratur matrimonium”⁴².

Sin embargo, parece evidente en cada caso que la ausencia por causa de encarcelamiento no era *ex sese* motivo de disolución del vínculo matrimonial, ni tampoco en relación con cualquier presunción legal de muerte, pues el desarrollo del vínculo estaba determinado sólo por cese de los elementos necesarios a la eficacia y a la conservación del matrimonio⁴³. Posteriormente, bajo la influencia del cristianismo que proponía el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal, y también al mismo tiempo para poner un freno a la excesiva libertad dejada a los cónyuges de disolverlo, se empezaron a modificar estos principios, orientándose cada vez más hacia un mayor reconocimiento de la persistencia del vínculo matrimonial durante la ausencia causada también por encarcelamiento.

La primera innovación fue efectuada por Constantino quien dispuso que la esposa podía válidamente contraer nuevas bodas después del cuarto año de las últimas noticias del marido que hubiera partido “para *militiam*”, siempre antes “*libello ducem super hoc su voto convenit*”. En caso de que la esposa no hubiera hecho esto “*videtur nuptias inisse furtivas nec dotis amissionem sustinere nec capitali poenae esse obnoxia*”⁴⁴. La obligación de informar al Capitán del ausente las nuevas bodas que el cónyuge superviviente pretendía contraer, venía impuesta por la razón que el Capitán era precisamente quien podía garantizar que el soldado estuviera efectivamente vivo o muerto, o por lo menos si las circunstancias que habían acompañado la desaparición, eran suficientes para legitimar la presunción de su muerte. Y por lo tanto, en caso de que el Capitán no hubiera podido asegurar efectiva la muerte del soldado y ni siquiera elementos que puedan legitimar la presunción de su

38 D. XXIV, 2, 1.

39 D. XLIX, 15, 8: “non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperare ipotest, sed tunc, cum et voluerit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est”.

40 D. XLIX, 15, 14, 1: “Non ut a pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu reintegratur matrimonium”.

41 D. XXIV, 2, 6: “Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt”.

42 Véase en este sentido CASTIONI, GB (1925). *Sorte del matrimonio in caso di morte presunta*, Milán 1925, p. 30 nt. 24.

43 Véase, en este sentido SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p. 12, y TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, p. 479.

44 CODEX JUSTINIANAEUM: *De repud.* 5, 17, 7 pr.

muerte, la esposa no estaba autorizada, a pesar transcurridos los cuatro años, a contraer el nuevo matrimonio⁴⁵.

Mientras se extendía la idea cristiana, también el vínculo matrimonial adquiría cada vez mayor consideración dado que la orientación espiritual del cristianismo había ido tomando pie en la legislación de Roma y un nuevo sentimiento tendía a inspirar el derecho, ejerciendo así una influencia directa, no sólo ética, sino incluso jurídica⁴⁶.

La legislación giustiniana marca aún más las fases sucesivas de esta evolución también porque, como se ha observado en la doctrina, cambia precisamente el concepto de matrimonio romano debido a la influencia del cristianismo⁴⁷. Giustiniano, en efecto, en la Novela XXII, c. 7 lleva al término el quinquennium considerándose el vínculo disuelto "bona gratia"; asimismo, en la novela XXII, c. 14, recoge el contenido de la citada Constitución de Constantino y en parte modificándolo, lleva el plazo, pareciéndoles demasiado corto, de cuatro a diez años; además, dichas normas son aún más precisas y rigurosas a propósito de las investigaciones que deben preceder necesariamente para autorizar al cónyuge superviviente a contraer nuevas nupcias. Por último, con la Novela CXVII, c. 11⁴⁸, la antigua doctrina es definitivamente derogada. Giustiniano establece explícitamente que, a pesar de prolongarse el estado de ausencia del soldado sin que la esposa haya recibido noticias, esto no es en ninguna razón para autorizar las segundas nupcias. La esposa debe esperar el regreso del marido; en caso de que se entere por alguien que el marido ha muerto, deberá solicitar información al Capitán con juramento de éste a través del Evangelio. No obstante deberá esperar todavía un año más para realizar las nuevas nupcias, de lo contrario ambos cónyuges (en el caso de regreso del desaparecido) serían castigados como adúlteros⁴⁹.

Parece evidente, sobre bases muy diferentes entre ellos, cómo es impuesta la regulación del matrimonio del desaparecido, y cómo una disciplina ha tomado tal dirección. En efecto, al concepto de falta de elementos del matrimonio, a causa de la ausencia, no sucedió otro, que aquel de la necesidad de la prueba segura de la muerte del ausente: sólo en caso de que dicha prueba fuera suministrada, se habría permitido al superviviente de contraer nupcias posteriormente. Pero en el caso particular de la ausencia por encarcelamiento, todavía en Giustiniano, en contraste con el principio con-

45 Esta Constitución se refiere al caso de ausencia del soldado; pero es de suponer que también en otros casos de ausencia hubiera solicitado el suspenso de un cierto período de tiempo y de investigaciones similares a las establecidas en la Constitución antes de autorizar al superviviente a contraer bodas adicionales. Véase, en este sentido, MASSUCCI, V (1886). *Op. cit.*, p. 431.

46 CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793.

47 Véase, también VOLTERRA, E (1940). *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padua, pp. 58-59, por el cual, «en droit postclassique du mariage change complètement, tout en conservant le même principe, affectio ou consensus facit nuptias... Le mariage n'est plus fondé sur une volonté continue mais sur une volonté initiale». Se tenga en cuenta que la doctrina romanística hasta ese momento, no había puesto de relieve este hecho más que evidente y, para quien escribe, parece de hecho increíble como la doctrina seguía casi sin debatir ninguna de las tesis erróneas, llevadas a cabo por el gran maestro BONFANTE, P (1925). *Corso di diritto romano*, vol 1, Roma, pp. 187ss.

48 "Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias simus, nisi prius accesserit mulier per se aut per suos parentes aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri et cartularios, in quo huius maritus militabat, et eos seu tribunum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus set eius coniux, ut illi sanctis evangelii propositis sub gestis monumento rum deponant, si pro veritate vir mortuus est".

49 CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793; BONFANTE, P (1925). *Op. cit.*, p. 26; PEROZZI, S (1928). *Op. cit.*, p. 272; GERARD, PF (1909). *Manuale elementare di diritto romano*, t. II, Milán, p. 173; BRUGI, B (1926). *Op. cit.*, p. 175; BRINI, G (1889). *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, vol. III, Boloña, pp. 239-253; BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 175; ANDRICH, G (1906). "La condizione dello scomparso secondo gli statuti e la tradizione popolare di Venezia", *Nuovo Archivio Veneto*, t. XII, parte I, Venecia, pp. 51ss.

sagrado por los otros casos en género, encontramos que se establece para el cónyuge superviviente simplemente un período de cinco años de espera antes de poder realizar segundas nupcias⁵⁰. No obstante Leone Magno (Constit. XXXIII), extendía en consecuencia también al caso del prisionero las disposiciones de la noticia 117 de Justiniano, estableciendo así, que también la esposa del prisionero no podía, en constancia del encarcelamiento del marido, cuántos fueran los años transcurridos, realizar otras bodas⁵¹.

A través de este sumario examen, y llevando estas consideraciones (sobre todo el campo del derecho matrimonial) sobre un plano más amplio y genérico, parece claro que el derecho romano no haya querido incluir en las presunciones legales institucionales de declaración de muerte, pero, mirando siempre al ausente en función de su posible regreso, y, en consecuencia, aprobando las medidas adecuadas para la custodia y la conservación del patrimonio y para la protección de los derechos de estos *medio tempore*, confiaba cada caso pendiente ante el juez; el cual en base al sistema de la libre prueba, deliberará según su convicción, que el ausente aún está vivo, o muerto, tratándolo en un caso como vivo y en otro como muerto⁵².

En el derecho *romano-barbárico*, así como para el derecho romano, no se encuentra una teoría orgánica de la ausencia⁵³. Haciendo nuestras las palabras de Besta,

en la familia alemana teníamos siempre la natural designación de quién habría podido tomar el lugar del ausente sin impugnaciones. Y a un pueblo primitivo e inculto no le parecía fácil el considerar hipotéticamente presente a quien materialmente estaba muerto. Originó el impulso hacia una presunción de vida que protegieran los intereses particulares del individuo contra los intereses colectivos del grupo. El ausente viene siendo tratado como el fallecido. Sus nupcias fueron consideradas como disueltas. Y sus bienes pasaron inexorablemente a quién, después de muerto, sería su sucesor⁵⁴.

Por tanto, el derecho romano-germánico no tuvo la institucionalidad de la ausencia. Teníamos sólo la presunción de muerte debida a un plazo más o menos amplio, pero en general muy corto. La desaparición del miembro de la familia, incluso si éste era el jefe, debía producir efectos muy distintos de los que en similares circunstancias se verificaban en el derecho romano. En síntesis, en la propiedad familiar colectiva, la ausencia de un miembro no producía una alteración –por así decir –en la esencia de la familia que, en cambio, seguía existiendo. Y por lo tanto el usufructo de los bienes comunes, como diríamos hoy, en caso de que el difunto fuera un pater familias, pasaba en línea

50 Nota XXII, c. 7; D. XXIV, 2, 6. Según BONFANTE, P (1925). *Op. cit.*, p. 265; Véase también CASTIONI, GB (1925). *Op. cit.*, p. 12 Nota 13. Este fragmento es atribuido a Giuliano, pero más que interpolado incluso compuesto por los compiladores, dice: "Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retineri eo solo, quod alii temere nubere non possunt". Y se realizará luego una distinción sobre la base de una doble hipótesis; si es cierto que el marido preso aún está vivo, la esposa no puede propiciar a nuevas bodas, mientras que si es incierto si está vivo o muerto, "tunc si quinquennium a tempore captivitatis excessit, licentia habet mulier ad alias migrare nuptias". Y también: "eodem iure et in merito in civitate degente, et uxor captiva observando". Ahora bien, incluso si no se quiere ver en esto una verdadera presunción de muerte, como algunos otros, la autoridad ha dicho (así D'AVACK, PA (1938). *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Florencia, p. 209), pero hay que admitir que dicha disposición no era gran cosa, pues en el derecho romano clásico el matrimonio del preso, él en libertad perdía cualquier capacidad jurídica, se consideraba disuelto ipso facto.

51 Véase CASTIONI, GB (1925). *Op. cit.*; D'AVACK, PA (1938). *Op. cit.*, pp. 212-213.

52 BIONDI, B (1946). *Op. cit.*, p. 73; PEROZZI, S (1928). *Op. cit.*, pp. 191-192.

53 GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, p. 136.

54 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 176.

recta al hijo o aún a los parientes. En esto se recuerda un paso de Paolo Diacono (en su *Historia Langobardorum*, IV, 37), para demostrar una vez más que cuando el pater ausente hubiera vuelto, no habría podido reivindicar los bienes, dada la “contraria et diuturna possessio”⁵⁵.

No hay duda por lo tanto, que el derecho romano-germánico no tenía la presunción de vida como en el derecho romano, sino la presunción de muerte. Además de Paolo Diacono también el Edicto de Liutprando⁵⁶ toma en cuenta la institucionalidad de aquí, pero en relación al comercio y a los mercaderes, definiendo que cuando los *negotiatores et magistri* hubieran ido *extra provinciam* y por tres años consecutivos no hubieran vuelto, ni cuando el regreso era impedido por enfermedad o por cualquier otra causa justa hubieran dado noticias de sí mismo al magistrado, sus herederos o en falta, el tribunal resultaban propietarios del patrimonio de ellos. No sólo, pero las esposas de los ausentes, tras el período de tres años, podían con el permiso del Rey, pasar a segundas bodas. Además, si el ausente regresara, dicha ley establecía “a filiis suis recipiatur, nec res suas in potestatem habeat”; y si los hijos no hubieran observado esta prohibición “et eum recolligere praesumpserint”, podían ser castigados por el Rey mediante decomiso. Esto estaba contenido en la ley. Se podría sospechar

que la norma valía sólo para aquellos artífices y mercaderes los cuales tuvieran algún vínculo con el Tribunal real, pero los documentos prueban que el capítulo fue ampliado más allá de los límites originarios. Quedaron afectados todos aquellos que han salido de la ciudad, por muchos años, que no fueran revertidos ad habitandum⁵⁷.

El derecho longobardo admitía por lo tanto la institucionalidad de la presunción de muerte, ignorada previamente como hemos visto por el derecho romano⁵⁸, incluso si esta posición no es con-

55 ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236. De igual modo TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 487-488, también recuerda: “Ahora, en el antiguo Derecho alemán la desaparición de un miembro de la familia, fuese también su jefe, debe tener efectos jurídicos muy diferentes que en el Derecho romano. La falta perpetua (muerte) o temporal (falta) de una persona no afectaba mínimamente la esencia de la familia alemana, estaba previsto quien ocupaba su puesto, no ya en virtud de una voluntad presunta, o expresada, sino por la naturaleza misma de las cosas. La necesidad de probar la muerte del ausente, por lo que afecta a la propiedad, no era cosa de gran importancia; la manera de usufructo que le correspondía (si el desaparecido era pater-familias) ahora pasaba a los hijos. La facilidad luego con la que se admitía el divorcio en el antiguo derecho alemán, puede hacer pensar que el hombre y la mujer, cansados de esperar el cónyuge, interpretando la ausencia como abandono, podrán hacer libremente segundas bodas. Si añadimos a estas observaciones otras aún que afectan a la vida acelerada, incierta, luchadora de pueblos semibarbaros, ello reforzará fácilmente el convencimiento de que es propio de las condiciones de las gentes incultas, en los primeros pasos de la incivilización, el asimilar una larga ausencia como muerte y como tal considerarla en sus efectos jurídicos. Hay una cierta cultura para considerar jurídicamente vivo quien materialmente está como muerto, y cuya memoria se oscurece en las mentes de sus familiares y conciudadanos, cuando por otra parte la experiencia dice que el allentonarsi por tribus es decir, el viajar entre enemigos es siempre peligroso». Véase también CALLEGARI, D (1937). *Op. cit.*, p. 793; SALVIOLI, G (1930). *Op. cit.*, p. 341, quienes avanzan la hipótesis de que en el Derecho alemán sólo una larga ausencia era equiparada a la muerte. CICCAGLIONE, F (1886). *Op. cit.*, p. 58, quien de hecho, considera que “para el derecho alemán, la ausencia dada la estructura de la sociedad joven, si uno de los componentes se alejaba sin dar noticia de sí mismo, por un tiempo relativamente corto, quizás de un año y un día, espacio de tiempo para adquirir el derecho de entrar en otra consideración, dejará de formar parte de la primera, no participando más del derecho de ella”.

56 Leges Liutprandi de anno VIII, in: BLUHME, F (1868). *Monumenta Germaniae Historica, Leges*, IV, Hannoverae, p. 115.

57 Véase BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 177. Contrariamente ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236, afirma que “la norma liutprandea dispone la devolución hereditaria y anula el vínculo matrimonial no del libre en general, pero –de negotiatoribus et magistris– en particular si por tres años se hubieran retirados sin dar de sí mismos noticia”. Y da gran importancia a esta limitación, aunque no sepa encontrar adecuada razón explicativa”.

58 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 177.

corde con la doctrina. Si, por una parte, se admite la existencia, en el capítulo 18 de Liutprando, la institucionalidad de presunción de muerte entendida como presunción legal⁵⁹, y, por otro lado, se tiene una interpretación totalmente diferente, es decir, una disposición de carácter penal, resulta aún más evidente por el hecho de que el ausente era considerado como desertor⁶⁰ y, en el caso de que hubiera retornado, no se le había concedido regresar sin duda en posesión de sus derechos, y la eventual reintegración estaba sometida a decisión del Rey⁶¹. Por último, se observa que, aunque la ley contiene una pena para la emigración, ésta encierra un principio que no era conocido en el derecho romano, y que va a esbozar los primeros rasgos de institucionalidad de presunción de la muerte y la ausencia⁶². No hay duda que toda la institucionalidad, que tiene como punto de referencia siempre la sucesión patrimonial del ausente, hace girar todas las consideraciones sobre la figura de la esposa del ausente por tres años. Y esto explica el motivo por el que la misma debe antes solicitar el permiso real si no quiere incurrir en la pena prevista.

En síntesis, la especial atención sobre el matrimonio no viene nunca más a menos y esto explica el motivo por el que la ausencia prolongada *ex sese* no *sufficit* a justificar la disolución del matrimonio. Y, en el momento en que el legislador alemán pone la resolución del matrimonio en manos del Rey— que debe sólo conceder o no el paso a segundas bodas de la Viuda —, parece claro que de cualquier forma deben estar presentes unas circunstancias que hacen suponer la muerte de la persona ausente⁶³. Sin duda, el legislador alemán fue influido enormemente por el derecho romano, gracias, sobre todo, por el contacto mantenido por los Longobardi en su arribo a la Península. Y no se debe olvidada la influencia del Cristianismo —con el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial— religión a la que se convirtieron abandonando la heregía ariana.

Circunscribiéndonos a la materia, se puede afirmar que en la concepción alemana el desaparecido se presume fallecido si no se tiene noticia ninguna después de tres años, aunque para algunos “sea demasiado corto especialmente en las condiciones de entonces, el tiempo de ausencia requerido por Liutprando al suponer con un cierto fundamento que el difunto hubiera dejado de vivir; se debería hablar, creo, de ficción”⁶⁴.

59 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, pp. 16-18; KRAUT, WT (1847). *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts*, II, Göttingen, § 63, p. 220. Véase. También SCHUPFER, F (1868). “La familia ante los Longobardi”, *Archivio jurídico*, vol. I, Pisa, p. 135.

60 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 176: “En efecto, no se había él puesto voluntariamente en las condiciones de no responder a las posibles llamadas para las acciones militares o para juicios? El *Verschollen* (hoy todavía el derecho alemán indica ausente) fue precisamente invocado inútilmente”. Véase también GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, p. 136.

61 SOLMI, A (1930). *Op. cit.*, p. 295; CICCAGLIONE, F (1886). *Op. cit.*, p. 342; GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, vol. II, parte II, p. 161 y vol. III, p. 136; ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236; CALISSE, G (1891). *Storia del diritto italiano*, vol. III, Florencia 1891, pp. 8-9; ANDRICH, G (1906). *Op. cit.*, pp. 57-58; CALISSE, G (1888). *Diritto ecclesiastico e diritto longobardo*, Roma, p. 84.

62 PERTILE, A (1894). *Op. cit.*, pp. 254-255 que considera acentuado el carácter penal (véase además el volumen I, p. 500); NANI, G (1902). *Op. cit.*, p. 11; TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 491-492; MASSUCCI, V (1886). *Op. cit.*, p. 435: “nosotros creemos que la teoría alemana de la presunción de muerte del ausente no es ajena a lo dispuesto en la ley. Si acaso es de creer que Liutprando reproduciendo una vieja costumbre longobardica que después de un cierto número de años declara muerto al ausente, haya reducido el plazo a sólo tres años para atribuirle también un carácter de penalidad”. Véase también SCHUPFER, F (1913). *Op. cit.*, p. 8; pero también DONATI, B (1911). *Op. cit.*, p. 17.

63 Así CALISSE, G (1931-1932). *Lezioni di Storia del diritto italiano*, Regia Università di Napoli, pp. 194ss.

64 PERTILE, A (1894). *Op. cit.*, p. 255.

En definitiva, mientras que en el derecho romano no existe ninguna institucionalidad jurídica inherente a la presunción legal de muerte, y el magistrado determinará la *certeza de la muerte* sólo sobre la base de un convencimiento que resulta de pruebas, en el derecho alemán la institucionalidad existe en lo que se acepta como hecho probado de la circunstancia de muerte sólo porque hayan transcurrido los últimos tres años sin noticias. En otras palabras, para la mente romana se presume vivo al ausente hasta que se pruebe lo contrario; la legislación alemana hace partir la presunción de muerte por un plazo.

La legislación canónica heredera de la romana, adopta precisamente el principio de la *onus probandi* para que lo desaparecido se considere muerto sólo cuando sea dada una prueba segura.

CONCLUSIONES

La institucionalidad de *praesumptio* ajustada al canon de 1584, parte de un concepto que hace referencia a temas, conjeturas y especulaciones mediante las cuales se concluye y se consideran también otras pruebas, y es la "rei incertae probabilis coniectura"⁶⁵ por quien ha sido justamente señalado que *praesumptio id oriental probabilis coniectura*, "inscrita, es decir, en el marco de un procedimiento lógico inductivo que permite llegar, por medio de hechos ciertos, a la prueba de otro hecho desconocido o controvertido"⁶⁶.

Los principios generales que rigen y caracterizan la *praesumptio* (o probabilis coniectura) son los siguientes⁶⁷:

- a. *Praesumptio no est indicium*. Este último es sólo *signum—unum vel plura* de donde *tamquam ex causa oritur praesumptio*⁶⁸;
- b. En sus orígenes se encuentra la antigua retórica en cuyo interior, basándose en la enseñanza aristotélica, las pruebas podían distinguirse en *atechnoi* y *entechnoi* o, como decía Quintiliano, en *inartificiales* y *artificiales*⁶⁹: las primeras (*atechnoi* o *inartificiales*) existentes de por sí misma y de cuyo orador en una causa no hace más que aprovecharla; las segundas (*entechnoi* o *artificiales*) basadas en operaciones lógicas mediante el conocido, y el probable, se intentaba conferir al desconocido el mayor grado de fiabilidad;⁷⁰

65 Sobre las presunciones véase SCAVO LOMBARDO, E (1986). "Presunzione. Diritto canonico", in: *E. D.*, XXXV, pp. 316-321.

66 Véase CORDOPATRI, F S.V. (1986). "Presunzione (teoria generale e diritto processuale civile)", in: *E.D.*, XXXV, pp. 274-304; KELLER, H (1934). "De usu praesumptionum in iure canonico," *Periodica*, n.º. 33, pp. 3-22; LABANDEIRA, E (1966). *Las presunciones en derecho canonico*, Pamplona; POMPEDDA, MF (1978). "De praesumptionum contra matrimonium valorem", *A. C.*, n.º. 2, pp. 33-41; GORDON, I (1983). *Novus processus nullitatis matrimonii*, Roma, pp. 32-33; SCAVO LOMBARDO, E (1986). *Op. cit.*, pp. 316-321; VITALE, A s.v. (1991). "Presunzioni (diritto canonico)", in: *EG*, XXIV, pp. 1-3.

67 Véase nuestro estudio "Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive", *Collana Studia et Documenta*, vol. V, Academia Historico—Iuridico—Theologica Petrus Tocánel, Ed. Serafica, la^a 2003, pp. 211-213; y y SERAFICA, L (2003): pp. 211-213.

68 Véase POMPEDDA, MF (1978). *Op. cit.*, p. 38.

69 *Institutio Oratoria*, 5, 1, 1: "Ac prima quidam illa partitio ab Aristotele tradita consensum fere omnium meruit, alias esse probationes quas extra dicendi rationem acciperet orator, alias quas ex causa traheret ipse et quodam modo gigneret; ideoque illas *atechnous*, id est inartificiales, has *entechnous* id est artificiales, vocaverunt".

70 Sobre todo el problema como proactivo de posiciones canonísticas, véase PALOMBI, R (1995). "Il valore delle «praesumptiones», in: *AA.VV. I mezzi di prova nelle cause matrimoniali, secondo la giurisprudenza rotale*, LEV, pp. 93-113 en particular p. 94.

- c. Por esta distinción, como sabemos, se pasó a la legislación giustiniana que creó la distinción entre *praesumptio juris* y *praesumptio hominis*⁷¹;
- d. Es la Glossa bolognese que crea la *praesumptio juris puntual y iuris et de iure*, éstas últimas preclusivas a la posibilidad de suministrar la prueba en contrario, desconocida por los romanos;⁷²
- e. El antiguo código plan-benedettino aceptó esta distinción, hoy no más albergada desde el actual código;⁷³
- f. El actual código, haciendo la elección de una sola *praesumptio* (la *juris única e irrepitable*), l'aplica al canon 1060 (*favor juris*, para que *en dubio standum est per validitate matrimonii nisi contrarium probetur*) y al canon 1101 (presunción de conformidad entre las palabras y lo interno del querer en la manifestación del consenso)⁷⁴;
- g. Intervienen luego las *presumptiones hominis* heredadas de la distinción, toda giustiniana, que se incorporará desde la actual doctrina y jurisprudencia canónica, fijadas en *Laevis, gravis y gravissima* (vehemens)⁷⁵.

71 Véase REGGI, R s.v. (1986). "Presunzione (diritto romano)", *E. d. D.*, XXXV, pp. 255-260. Todavía poco conocido es el estudio de FERRINI, C (1929). "Sulle presunzioni", in: *Opere*, vol. III, Hoepli, Milán, pp. 417 y quien recuerda como "en el derecho aparece en su completa integridad lo que es la *praesumptio juris*. El derecho las encuentra natural que se determine por ley invertir del orden de prueba, que la ley imponga considerar como probado lo que no es; tan natural, que, como dijimos, las interpolación demuestra que los compiladores veían un obrar de presunción allá donde se trataba del proceso ordinario del sistema probatorio y aplicación de las normas generales. Y son muchísimos los casos de interpolación. No se entiende por otra parte que el derecho las haya creado buena parte del concepto de presunción, desconocido a los clásicos. El concepto se desarrolló y acabó estableciendo evidentemente las escuelas; allí los textos recibieron poco a poco la interpretación respectiva, la tendencia a simplificar las categorías y imperfecta consideración del negocio jurídico". La tesis del Ferrini encuentra un defensor en ARANGIO RUIZ, V (1927). *Op. cit.*, p. 140, que considera como la *praesumptio* en el significado técnico de la palabra debe considerarse introducida en el derecho postclásico. Al contrario SCIALOJA, V (1936). *Procedimiento civil romana. Teoría de las presunciones*, Roma, pp. 290-295, considera que en el derecho romano clásico existen, sin ninguna posibilidad de duda, de las presunciones "hominis"; pero en él se encuentran también las definiciones, en el que se pueda ver el concepto de *praesumptiones juris única e irrepitable*, aunque no sea este mismo utilizado por los clásicos e introducido por los giustiniani. Admite en cambio la existencia de las presunciones también en el derecho clásico, DE CRESCENZO (1869). *Sistema del diritto civile romano*, vol. I, Nápoles, p. 250. Sobre la distinción entre *praesumptio juris* y *hominis*, véase FLATTEN, H (1960). "Qua libertate iudex ecclesiasticus probationes appretiare possit et debet", *Apollinaris*, n.º 33, p. ss.; ARROBA CONDE, M (1996). *Diritto procesuale Canonico*, III ed., Roma, p. 427.

72 Véase CAMPITELLI, A s.v. (1986). "Presunzione (diritto intermedio)", *E. d. D.*, XXXV, pp. 260-264 que explica acerca de los estudios de ALCIATO (1564). *De praesumptiones tractatus*, Venetiis; y MENOCHIO (1587). *De praesumptiones, coniecturis, signis et iudiciis*, Venetiis. Véase también WERNZ, FX (1914). *Ius decretalium*, t. V: *De iudiciis ecclesiasticis*, l. 1, Praderas, pp. 492-499, n.º 652-660.

73 Véase VITALE, s.v A (1991). *Op. cit.*; KELLER, H (1934). *Op. cit.*; LABANDEIRA, E (1966). *Op. cit.*; POMPEDDA, MF (1978). "De usu praesumptionum contra valorem matrimonii", *L'année canonique*, N.º 22, pp. 33-41; ABBO, IA (1970). "Quaestiones quaedam circa probationes in causis matrimonialibus", *Periodica*, n.º 59, pp. 3-20; GARCÍA FAILDE, JJ (1969). "Prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total o parcial", *Revista española de derecho canónico*, n.º 24, pp. 727-752.

74 Véase COLANTORIO, R (1990). "Valore della presunzione del canone 1101 § 1 del CIC2, in: AA.VV. *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, LEV, XXII, 1990, pp. 13-44. Véase además, GORDON, I (1983). *Op. cit.*, pp. 32-33; VITALE, A s.v. (1991). *Op. cit.*, pp. 1-3; SCAVO LOMBARDO, E (1986). *Op. cit.*, pp. 316-321.

75 Véase PALOMBI, R (1995). "Il valore delle praesumptiones", in: AA.VV. *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali, secondo la giurisprudenza rotale*, LEV, pp. 98-100. Véase también BIANCHI, P (1997). "Le prove: a) dichiarazione delle parti; b) presunzioni; c) perizie", in: AA.VV. *I giudizi della Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, elaborado por el Grupo Docente Italiano de Derecho Canónico, XXIV Encuentro de Estudio, Villa Luzzago – Ponte di Legno (BS), 30 junio – 4 julio, Milán, p. 90 ss.

EL DECRETUM GRATIANI

PREMISA

El problema de las segundas bodas del cónyuge del ausente se configura desde el principio en Derecho canónico que más de foro interior que de foro externo o, si se quiere, que problematiza en mucho la licencia que otorga validez del segundo matrimonio. Desde el punto de vista del foro externo y de la validez, las segundas bodas del cónyuge del ausente son derecho divino válidas o nulas en función de que otro cónyuge esté aún vivo o ya muerto y la Iglesia no tiene otro poder que el de tomar el acto con un pronunciamiento declaratorio.

Es por lo tanto bajo el perfil del foro interior y la licencia de estas segundas bodas que da forma al problema, el cual se concreta en la cuestión de que si comete o no pecado el cónyuge del ausente en realizar a nuevas bodas y si su segundo matrimonio es lícito o ilícito en ausencia de una certeza material de la muerte del primer cónyuge.

A partir de estas bases los primeros canonistas plantean el criterio discriminativo de la mera *scientia* o *ignorantia* subjetiva del cónyuge del ausente respecto de la muerte de éste; los decretos en su *certitudo moralis*, siempre subjetiva; los decretos canónicos y la doctrina actual en la *certitudo moralis* de la autoridad eclesiástica.

EL DECRETUM Y LA DÓCTRINA DE LOS DERECHOS

Son dos los pasos del *Decretum* que atraen la atención y que incluyen dos cartas pontificias, las cuales en orden cronológico resultan ser la primera del Papa Inocencio I dirigido a Probo, de dudosa fecha⁷⁶; la segunda del Papa Leone I destinada al Obispo de Aquileia y de fecha del 458⁷⁷. Sobre la primera, el pontífice Inocencio I se centra en la vuelta de la prisión del marido estableciendo la ilegitimidad del segundo matrimonio y la reincorporación del primero. También Leone I reitera el mismo principio respondiendo a preguntas que atemperan las segundas bodas de esposas que, teniendo a su marido vivo aunque *captivus* (se refiere a la bajada de Attila que había hecho muchos prisioneros), han considerado que éstos no habrían podido regresar: “quia nouimus scriptum, quod a Domino iungitur mulier uiro, et iterum agnouimus preceptum, ut quod Dominus iunxit homo non separet, necesse est, ut legitimarum federa nuptiarum redintegrandam credamus”⁷⁸. Además, poco después:

sin autem aliquae mulieres ita posteriorum uirorum amore sunt captae, ut maluerint his coherere, quam ad legitimum transire consortium, merito sunt notandae, ita ut ecclesiastica communionem priuentur, que de re excusabili contaminationem criminis elegerunt, ostendentes, sibimet pro sua incontinentia placuisse quod iusta remissio poterat expiare. Redeant ergo in suum sta-

76 Véase *Regesta Pontificum Romanorum*, Ed. Jaffé, Berlino 1851, n°. 110. Véase *Decreti pars secunda, causa XXXIV*, q. 1-2, c. 2: “Cum in captiuitate Ursa mulier teneretur, aliud coniugium cum Restituta Fontanum commisisset cognouimus. Sed fauore Domini reuersa Ursa nos adiit, et nullo diffidente uxorem se esse memorati perducit. Qua de re, fili karissime merito illustris, statuimus, fide catholica suffragante, coniugium illud esse, quod erat gratia diuina primitus fundatum, conuentumque secundae mulieris, priore superstite nec diuortio eiecta, nullo pacto esse legitimum”.

77 *Ibid.*, *Decreti pars secunda, causa XXXIV*, q. 1-2, c. 1: “Cum per bellicam cladem, et per grauissimos hostilitatis incursus ita quedam dicatis diuina esse coniugia, ut, abduci in captiuitatem uiris, feminae eorum remanserint destitutae, que uiros proprios interemptos putarent, aut ab iniqua dominatione numquam crederent liberandos, et in aliorum coniugium sollicitudine cogente transierunt; cumque, statu rerum auxiliante Domino in meliora conuerso, nonnulli eorum, qui putabantur perisse, remearunt: merito karitas tua uidetur ambigere, quid de mulieribus, que aliis sunt iunctae uiris, a nobis debeat ordinari”.

78 *Ibidem*.

tum uoluntaria redintegratione coniugia, neque ullo modo ad opprobrium malae uoluntatis trahatur quod condicio necessitatis extorsit, quia, sicut hae mulieres, que reuerti ad uiros suos noluerint, inopiae sunt habendae: ita illae que in affectum ex Deo initum redeunt, merito sunt laudandae⁷⁹.

Graziano está de acuerdo con las enseñanzas de los pontífices y los utiliza para responder a las preguntas que se plantea, o “an sit rea adulterii, as uiuente uiro su altere nupsit?”, pero también “an redeunte primer sit cogenda rescindir a arreglo, et redire a primum?”⁸⁰. En efecto, afirma que “utraqe este terminatur auctoritate Leonis Papae”⁸¹, así como de Innocenzo⁸². Por lo tanto la Glosa al c. 1º: “cum per bellicam cladem”, en este caso en el que las mujeres realizan nuevas bodas aun sabiendo que los maridos están vivos pero imposibilitados a volver por ser prisioneros de guerra, estatuye el principio de que si una mujer cree o sólo duda de que su marido esté vivo y contraiga segundas bodas, es adúltera. También hay que tener presente el hecho de que en el texto explícitamente ha dicho exento de culpa (“Nec tam culpabilis iudicetur”)⁸³, a quien, creyendo muerto al ausente, tomara el puesto.

La glosa “comisisse” al c. 2º, “cum in captiuitate”, distingue una vez más entre quien ha contraído “scienter” y quién “ignoranter” las segundas bodas, recordando que comete pecado sólo quien contrajo las segundas bodas sabiendo que el cónyuge está aún vivo. Es evidente en este punto que el criterio de la buena o mala fe de la Glosa tiene una relevancia más moral que jurídica e incluso resulta ser casi indiferente.

Antes de detenernos sobre la decretística, es necesario considerar que ya algunos teólogos habían tomado en consideración este caso. Entre éstos Ugo de San Vittore que se pregunta “an secunda copulatio sit coniugium adhuc uiventibus uiris prioribus, cum inde non habeatur manifesta auctoritas”⁸⁴. En caso de regreso del cónyuge superviviente, recuerda que “hoc tamen certum est, quod reddi debent uiris prioribus si ipsi redierint et ipsas habere uoluerint”⁸⁵.

El teólogo considera luego ilegítima la *secunda coniunctio* cuando el cónyuge desaparecido esté aún vivo, porque “si enim cum secundis uiris fierent talis conjunctiones legitimae, jam una mulier duos uiros legitimos haberet eodem tempore; unum quem uiveret sciret, alterum quem uivere ignoraret”⁸⁶. Ciertamente es que “non uidetur inter eos esse coniugium, sed culpa uenialis est quantum ad ignorantem, et criminalis quantum ad scientem”⁸⁷. De este modo intenta definir la cuestión desde el punto de vista ético-religioso.

Esta línea de conducta fue reproducida en forma idéntica por Pietro Lombardo en sus *Sententiae*⁸⁸.

79 Ibidem. Véase, entre otros, BENIGNI, U (1907). *Storia sociale della Chiesa*, vol. II, tomo II, Milán, pp. 104-105.

80 Véase “Decretos todas creación”, causa XXXIV, q. 1.

81 Ibid., q. 1-2.

82 Ibid., c. 2.

83 Ibid., q. 1-2, c. 1.

84 Da SAN VITTORE, U *Summa Sententiarum*, tract. VII *De Sacramento coniugii*, cap. IX, in: MIGNE, JP: P.L., 176, p. 161.

85 Ibidem.

86 Ibidem.

87 Ibid., p. 162.

88 LOMBARDO, P: *Sententiarum*, lib. IV, dist. 38, N° 5, in: MIGNE, JP: P.L., 192, p. 934.

Entre los decretistas, en cambio, pondrán de manifiesto sus reflexiones Rolando Bandinelli y Rufino, respecto a lo que sienten por la doctrina sobre la ausencia del cónyuge. El primero (que luego resultara Alejandro III), antes mencionado, lleva adelante la teoría del adulterio que comete la mujer que “altere nubit”⁸⁹ durante la ausencia del marido, incluso si da un paso adelante distinguiendo si el primer matrimonio haya sido consumado o no; en este último caso, “a secundo divertere non valet”. Este paso adelante está en perfecta consonancia con el pensamiento del futuro pontífice perteneciente a la doctrina de la Escuela bolognese en base a la cual el matrimonio era considerado imperfecto, no sacramento y disoluble si todavía no se ha consumado. Es una antinomia sólo aparente, por tanto, luego se resolverá en el desarrollo del pensamiento expresado por la autora una vez convertido Alejandro III⁹⁰.

El segundo autor, que fue Obispo de Asís, da un enfoque más preciso que el de Rolando llegando a resultados totalmente nuevos. Autor de la *Summa decretorum*, afirma el adulterio de la mujer que contrajo segundas bodas sólo en el caso de que ésta tenga por cierto, o sea consciente del hecho de que el cónyuge aún está vivo; pero “item se ignoraverit et violentis praesumptionibus fides sibi facta fuerit, poterit post annum sine peccatum alterum accipere”⁹¹. Y he aquí que la res nova consiste precisamente en el hecho de que la esposa se considera libre de realizar nuevas bodas dada la supuesta muerte del cónyuge desaparecido, en base a fuertes presunciones.

CONCLUSIONES

Por lo que hasta ahora hemos considerado se puede comprender que, por un lado, los pontífices no hacen otra cosa que reiterar el principio de la indisolubilidad del matrimonio sin extraer particulares aplicaciones prácticas. Por otro lado, sus tesis coinciden con lo que ya San Agustín, en *De adulterinis coniugiis*, 2º, 9º había afirmado, es ilícito permitir contraer segundas bodas al cónyuge superviviente (pero sabiendo que –aunque captivus– estaba aún en vida) sólo porque está imposibilitado a contenerse⁹².

Por otro lado, la decretística da un paso adelante tratando de mediar entre los principios del derecho de la Iglesia (que es una antinomia) y la necesidad de vida práctica. En esto, tanto Rufino como Rolando Bandinelli, suponen un progreso notable. Además, hay que considerar cómo hasta este momento falta cualquier referencia a la insritucionalidad jurídica de la declaración judicial de muerte como la conocemos nosotros hoy en el ordenamiento canónico; no hay duda de que desde los primeros siglos el derecho de la Iglesia ha estado siempre presente, como condición sine qua non para la realización segundas bodas, a partir de la certeza de la muerte del desaparecido. Pero ésta debe entenderse en sentido estricto y no de manera absoluta, así como se desprende del pensamiento de Rufino para quien –repetimos– basta la simple certeza de la muerte siempre seguida de una fuerte presunción (“violentis presumptionibus”), que también podía ser totalmente equivocada.

89 En *Die summa Magistri Rolandi*, (Ed. THANER), Innsbruck 1874, causa XXXIV, p. 200: “quanto enim tempore vir eius vivit, alligata est lege viri, ergo si eo tempore alteri nubit, adulterio profecto committit”.

90 En ese problema, véase nuestro estudio *Dispensa super rato e non consumato: evoluzione storica e problematica giuridica*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politico-Sociali, Univ. Cassino, vol IV, Editoriale Scientifica, Cassino 2011, pp. 36-39. Véase también SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, en nota de la p. 27.

91 Véase RUFINUS, M (1902). *Summa Decretorum*, (Ed. SINGER), Paderborn, ca. XXXIV, p. 507.

92 En CSEL, vol. 41, p. 392: “ed attende, quam plura sint, ubi, si querellas incontinentium velimus admittere, necesse nobis erit adulteria facienda permittere. Quid? si enim aliquo diuturno et insanabili morbo corporis teneatur coniux, quo concubitus impeditur? Quid? Si captivitas vel vis aliqua separet, ita ut sciat vivere maritus uxorem, cuius sibi copia denegatur, censesne admittenda incontinentium murmura et permittenda adulteria?”.

Y no hay duda de que ya con Rufino comienza a constituirse una institucionalidad de *moralis certitudo* que, a diferencia de la doctrina posterior que le exigía por así decir ser “pública”, debido su autoridad popular, mantiene más que otra un carácter privado porque es, precisamente, lo propio del estado psicológico del cónyuge.



La centralidad del *Timing* en algunos acontecimientos recientes del debate político-institucional italiano

The Centrality of *Timing* in Some Recent Events in the Italian Political-Institutional Debate

Marco PLUTINO

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El tiempo domina la innovación constitucional e institucional. La Constitución tiene su cristalización. El texto ha tenido modificaciones marginalísimas a largo de las décadas. La interpretación en el tiempo permite una obra de mantenimiento. La única reforma importante fue la regionalista de 2001 si bien es ejemplo de formación incompleta. Al reformar se retoman acuerdos políticos, como en el caso del Nazareno. Ver la complejidad de la ruta de la nueva Ley electoral. Los proyectos de reforma constitucional son pasados por el dualismo político Letta-Renzi. La reforma electoral anunciada obliga al parlamento y al gobierno a asumir una posición precisa. La ruta se ha movido entre acuerdos y enmiendas. Doble turno o premio en asientos. Se procuraba un proceso de reforma constitucional correcto. Existe el problema de la complejidad de la reforma del Senado. Está en marcha la superación del bicameralismo perfecto. Hay quienes en la doctrina hablaron de la reforma irrazonable y que querían una mejor calibración entre la reforma electoral y del Senado. Detrás del ejercicio formal del poder se proyectan diversas vías políticas para las reformas jurídicas en acto.

Palabras clave: Tiempo, Constitución, reforma electoral, derecho.

Abstract

Time dominates constitutional and institutional innovation. The Constitution has its crystallization. The text has had only very marginal modifications throughout the decades. Interpretation in time permits a work of maintenance. The only important reform was the regionalist reform of 2001, even though it is an example of incomplete formation. When reforming, political agreements are taken up again, as in the case of the Nazarene. See the complexity of the route to the new electoral Law. Constitutional reform projects are passed by the Letta-Renzi political dualism. The announced electoral reform obliges parliament and the government to assume a precise position. The route has moved between agreements and amendments. Double shift or award in seats. They were trying to achieve a correct process of constitutional reform. The problem of the complexity of Senate reform exists. The overcoming of perfect bicameralism is in process. There are those in the doctrine who spoke of unreasonable reform and who would like a better calibration between electoral reform and that of the Senate. Behind the formal exercise of power, diverse political routes are projected for the legal reform being enacted.

Keywords: Time, constitution, electoral reform, law.

1. El factor tiempo domina de algún modo, desde siempre, con su múltiple virtualidad, el tema de la innovación institucional y constitucional, delineando sucesos y desarrollos y contribuyendo significativamente a determinar los destinos. Así sucede una vez más, hoy, como resultará del examen de algunos desarrollos muy recientes.

En un plano general, es sabido que la Constitución italiana ha sido investida, por factores muy peculiares que no es aquí el caso de discutir, por una “sacralización” de sus disposiciones que la ha llevado a una especie de cristalización en las formas deseadas por el Constituyente. El texto ha sufrido durante casi medio siglo (en particularmente entre 1948-1992) limitadas y marginales modificaciones, también posteriormente (1993-2013), con el fin de que el sistema de partidos pueda remitirse a la misma elaboración de la Constitución; aún conociendo un discreto número, la función de revisión ha sido siempre un recurso muy limitado y signado en todo caso por graves dificultades y, casi siempre, por vigorosas impugnaciones, con la excepción parcial de las modificaciones realizadas en un período (1989-1993) de gran debilidad, luego del casi desarme de la política (en particular, la revisión del art. 68º Constitucional con respecto al tema de las inmunidades parlamentarias y del art. 79º Constitucional, con relación a la amnistía y el indulto, pero no sólo de ellos¹).

Hasta la fecha no se ha producido ninguna revisión de gran envergadura, salvo quizás la del 2001, investida por la características regionalista de nuestra forma de Estado, que ha mostrado inmediatamente —entre otras cosas— una mediocre realización, inadecuada a las necesidades, además de incompleta, por el defecto crónico de una expresión unitaria de las Regiones, a nivel central.

Esta circunstancia, y en particular, la ausencia de cualquier intervención en el ámbito de la forma de gobierno, ha justificado, de todas formas, la idea de que, aunque presente la necesidad por primera vez en 1979, falta aún en la actualidad esa “gran reforma” que permitiría, entre otras condiciones, colocar a nuestro país en el círculo de las más avanzadas democracias (sobre los límites de este enfoque véase, sin embargo, enseguida *infra*).

Ya a partir de un examen general sobre las tendencias del revisionismo italiano aparece, por lo tanto, la importancia del factor “tiempo” desde el momento, en que el estancamiento en el tema no permite el despliegue regular de aquella obra de “mantenimiento” constitucional que se debe ejercer mediante la función de revisión, con la consecuencia de que se abran inevitablemente espacios para incrementar interpretaciones que, en un intento de captar los desarrollos de la realidad, aparecen (discutiblemente) mayormente emancipados del texto y que, en cualquier caso, no siguen los recorridos típicos de la así llamada interpretación evolutiva. Y es siempre esta extrema dificultad para proceder a las revisiones, y el enlace que cada vez se ha producido con los procesos y los tiempos de la política, favorecidos en tiempos recientes, frente a los reiterados fracasos de los procesos reformistas, aproximadamente iniciados, con procedimientos de abrogación de la Constitución o con comisiones parlamentarias *ad hoc* (1983-85, 1992-94, 1997-98), que surge un inédito protagonismo de los gobiernos. Por lo que no faltaban, en verdad, anticipaciones significativas², a los gobiernos se les

1 Y los anticipos en 1989, en materia de delitos ministeriales, y en 1991, en una fase no menos importante de una ligera remodelación del poder formal de disolución de las Cámaras por parte del Jefe del Estado (art. 8º Cost.).

2 Los primeros, verdaderos momentos de despliegue de cada diseño del reformismo institucional están marcados por la actividad de gobiernos, por la célebre “relación Giannini” acerca de los problemas de la administración pública, a finales de los años 70, que ya planteaba algunas cuestiones en un “tono” constitucional, el así llamado decálogo Spadolini en los primeros años de la década siguiente y a las Comisiones y/o Comités instalados ante el gobierno. Es sólo en este punto, desde 1983, que se despliega la vía parlamentaria como sede institucional más adecuada para el debate y soluciones urgentes para la reforma de las instituciones. En los años sucesivos, ya se había abonado el camino para el acuerdo de que la materia institucional y constitucional fuera típicamente parlamentaria, basta pensar en ciertos desa-

ha siempre considerado, ellos mismos se han considerados, más bien extraños *ratione materiae* en el ámbito de las revisiones de la Constitución, inscritas por este motivo en una especie de reserva parlamentaria (en este sentido también más allá de las opiniones de otros autores) por lo cual ha sido una preclusión sustancial, todavía, más que formal de cada iniciativa e impulso gubernamental a este respecto.

Actualmente, el protagonismo de los gobiernos en tema de innovación constitucional es, por lo tanto, indiscutible (más allá, como he dicho, absolutamente inédito), muy evidente, y una vez más se vincula con el factor tiempo. En primer lugar, parece él mismo el signo de una urgencia de la Providencia. También por coincidir con una gravísima crisis económica y política del sistema (2008-) pues las reformas institucionales han sido por último consideradas indiferibles, urgentísimas, prácticamente el último lugar de prueba sobre la posibilidad de reforma de un sistema con graves problemas de deslegitimación y en déficit con la gestión pública, a juicio de la ciudadanía.

Se repite, esta urgencia, que ha sido hecho valer también un atento examen sobre la vigencia de las antiguas instancias de reforma y de una evaluación y verificación necesaria de las nuevas y emergentes cuestiones. Como si, a grandes rasgos, las reformas que se esperan, al menos, desde 1979 (pero se podría regresar más atrás en el tiempo, a la investigación del nacimiento de las primeras señales explícitas de sufrimiento del sistema Republicano: como los dos mensajes del Presidente Leone al comienzo y a la mitad de los años 70), son aquellas que el país necesita hoy. Quizás, simplemente, hay que tomar conciencia de que se va abriendo un camino, una idea de la reforma que no es un fin en sí misma (porque no se quiere negar que existan algunos nudos "gordianos" para disolver y algunas modificaciones que esperan desde hace demasiado tiempo); sin embargo, dotada de connotaciones acentuadamente simbólicas, en el dirigir el esfuerzo de la política, al fin prioritario de reconstruir una relación de confianza con la ciudadanía, por un lado, y ofrecer una prueba de fiabilidad y una imagen de recuperación con los socios extranjeros y los mercados internacionales, por el otro.

Esto justifica, o al menos explica, las recientes declaraciones del Presidente del Consejo para quien las reformas institucionales deberían hacerse "a toda costa", aún cuando no siempre aparezca claramente evidente, más allá de algunas características, y entre otros aspectos, cambiadas en el tiempo por las características de muchas cuestiones, por ejemplo, a los problemas que en el tiempo se han agravado, ¿cuáles reformas son realmente urgentes e impostergables (y por qué). Factor-tiempo, entonces.

2. Y es el tiempo que han asociado los últimos acontecimientos y sus enlaces, en la conexión inesperada que se ha creado entre la innovación institucional a realizarse a nivel de la legislación ordinaria, en particular de la Ley electoral (o de las Leyes electorales), con la de rango constitucional, nuevamente centrada sobre la ordenación del regionalismo (de la que, por otra parte, una parte importante es el *revirement* de algunas elecciones hechas en el pasado reciente; confirma, pues, que las necesidades cambian o que también sería conveniente prestar más atención al tema de la calidad de las revisiones) pero esta vez con más evidente influencia en el campo como también en la

rollos durante los años del referéndum 1991-1993 y de la gestión de los resultados. O al Gobierno Dini, de quien uno de los cuatro objetivos fundamentales explicitados era la aprobación de la Ley Electoral regional. O, todavía, al activismo en tema de los gobiernos D'Alema (1998-99), cuya intención de intervenir en materia estaba presente desde las declaraciones programáticas; en fin, al nacimiento sustancialmente gubernamental, dentro de un Gobierno de Berlusconi, del proyecto de reforma, la legislatura posterior (2001-2006), cuya conclusión traumática ha determinado un estancamiento solamente roto antes de los así llamados trabajos sabios del Napolitano, con el gobierno de Letta y sus iniciativas específicas en tema.

forma de gobierno. Con los recientes procesos de impulso político-gubernamental, ha venido a *enlazarse*, por último, el asunto procesal de la declaración por parte de la Corte Constitucional de las Leyes electorales vigentes para ambas Cámaras parlamentarias (Sent. n°. 1 del 2014). Pues bien, pocos días después del conjunto de las motivaciones de la sentencia, con la que fueron declaradas partes ilegítimas, calificadas en las dos Leyes electorales, aunque acompañadas de la (discutible en el caso, pero en nuestro ordenamiento imperiosa) afirmación según la cual existe una "normativa de resultado", por la cual, están en vigor las Leyes electorales enmendadas, incluso modificadas radicalmente, pero inmediatamente aplicables, el día 27 de enero 2014, en el cual se han sentado las premisas de hecho de gran importancia, sino una verdadera transformación llevada a cabo durante las reformas, ampliamente centrada en el *timing* de estas últimas.

Nos referimos a las así llamadas enmiendas "Lauricella" (denominadas también en los medios de comunicación "variantes" o "lodi"), que toma el nombre del diputado del Partido Democrático que ha sido entre los proponentes el principal animador de las mismas. En ese día, había caducado el término del vencimiento de los plazos para la presentación de las enmiendas en la comisión de los Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, sobre la propuesta de las nuevas Leyes electorales ("Disposiciones en materia de elección de la Cámara de Diputados y del Senado de la República"³) y entre los 318 diputados procedentes de todos los grupos, han asumido un perfil particular los diputados del Partido Democrático, el partido de mayoría relativa, en cuanto propulsores del estado de las relaciones entre el grupo parlamentario y el partido, de cuya conducción se había encargado hacía pocas semanas su nuevo Secretario, Renzi, que había podido de este modo interactuar con un grupo parlamentario correspondiente a la anterior gestión.

En los días previos, se dieron a conocer todas las tensiones entre la (nueva) línea del partido y la oposición expresada por las minorías internas (pero decididamente prevalecientes en los grupos parlamentarios), las cuales habían presentado una serie de peticiones de modificación con respecto al acuerdo político sobre las Leyes electorales y, en conjunto, sobre la revisión de la Constitución que el neo-Secretario político había firmado con el mayor exponente de oposición (el así llamado Pacto del Nazareno⁴, un acuerdo confidencial y expuesto públicamente sólo en sus grandes líneas entre el Pd y el Fi, en parte extendido al Ncd, luego explicado, al menos, en algunos de sus rasgos por las propuestas de la Ley impulsada por las dos Cámaras, y, por la Ley electoral, también aprobadas una de ellas, en fecha 14 de marzo del 2014). Las treinta y seis enmiendas depositadas por los diputados del Partido Democrático, casi todas llevaban las mismas firmas y procedían de exponentes de las minorías internas, más o menos organizadas, algunos tenían una característica más o menos pacífica (es decir, "unitaria", como la que le atribuía al gobierno la tarea de diseñar los nuevos colegios electorales), otros eran fruto de instancias ya objeto de apertura de disponibilidad para una toma en consideración por parte de la Secretaría del partido (aunque en su defecto a la consulta con los *socios sobre las reformas*; era el caso de la enmienda que incluía aumentar el umbral mínimo de votos para acceder al "premio de la mayoría"), otros, por último, aparecían acentuadamente divididos o, incluso, contrarios desde el inicio. Era, este último, el caso de las enmiendas "Lauricella", ambiguas incluso en su *intention*.

3 Se trata en realidad de un conjunto de 26 proyectos de ley, de los cuales uno de iniciativa popular, más seis peticiones. Dejamos a un lado obviamente las indicaciones puntuales de sus referencias.

4 Aprobado en su diseño fundamental (sin disponer de un eventual texto, a partir del cual se debatirá ampliamente como un texto "subrayado") el 20 de enero por la dirección del Pd. Dos días después será depositado el texto en la Cámara de Diputados.

Inicialmente declinadas según los medios de comunicación al singular, se trataba en realidad de dos enmiendas mutuamente alternativas, ambas relativas al artículo 2º del Proyecto de Ley Electoral, que –tengámoslo en mente– estaba naciendo desde la titulación como válida para ambas Cámaras. Mientras que casi todas las enmiendas del Pd habrían sido pronto retiradas para permitir una comparación más abierta con compañeros y adversarios (retirada del así llamado “Técnico”), las enmiendas Lauricella formaban parte de ese estrecho círculo (tres en todo) que, a pesar de la invitación del partido, los propulsores se habían negado a retirar porque habría afirmado el presentador de dos de los tres, Lauricella, defectuosos en profundizar “la estructura de la reforma”⁵. Un cuestión de puntos de vista y de forma de entenderse, porque así ellos, efectivamente, no afectaban los contenidos, actuando sobre el *timing* de las reformas y sobre la coordinación entre los distintos planos de las reformas y condicionaban del resto de manera muy fuerte, los acontecimientos y los resultados.

Con la primera enmienda, (el 2.3, firmado también por Bindi, Lauricella, Naccarato, Bossio, Lattuca, Malisani; conforme a muchas otras enmiendas procedentes de otros grupos) se eliminaba el art. 2º de la propuesta de Ley, presionando así cualquier referencia del proyecto que abarcara el Senado de la República, por lo que el proyecto de Ley veía limitado su radio de acción a la sola Cámara de Diputados. Del resto, el Proyecto de Ley operaba en el plano ordinario y en un régimen constitucional, basado en un bicameralismo. ¿Cuál es el *Quid juris*, por tanto, del sistema electoral del Senado? Con el segundo, el 2.8 (suscrito por las mismas firmas), se respondía de manera más explícita a la cuestión disponiendo que *la nueva ley electoral entraría en vigor al día siguiente a la publicación, en la Gaceta Oficial de la revisión constitucional* y, por tanto, de la misma reforma del bicameralismo y del Senado de la República⁶. Así, el factor tiempo estaba más específicamente en relación con la posición de una condición suspensiva (de la fecha de entrada en vigor).

Ahora, esta interacción producía no pocos efectos, desde el momento en que por una cláusula contenida en un proyecto de Ley ordinaria (aquella de la ley electoral), se concedía la entrada en vigor del mismo proyecto (mañana, de uno deliberado) viniéndolo a vincular, o precisamente coordinándolo, a un proyecto de Ley de Revisión de la Constitución.

Allí donde esta subordinación entrase en vigor de la nueva Ley electoral (según las dos hipótesis, sólo para la Cámara de Diputados o para ambas Cámaras), la revisión supuso probablemente una larga interrupción de la producción de efectos? pero, precisamente, del vigor? a causa de los tiempos más largos constitucionalmente previstos para la revisión, empíricamente confirmada alrededor del año⁷). De aquí, la alternativa entre disminuir simplemente el debate y la aprobación de la Ley electoral (o de las leyes electorales), reduciendo o anulando del todo las operaciones de esta cláusula, o proceder según los planes, para conseguir la aprobación de una Ley electoral que, según las dos alternativas, volvía a ser útil sólo para una Cámara (la Cámara de Diputados) más que para ambas.

5 Expresión de CANGINI, A (2014). “Le manovre dei peones Pd “Si deve scongiurare il voto”, *Quotidiano nazionale*, 29 enero, pp. 6-7.

6 “1. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley constitucional de modificación de la II Parte, Título I, y el artículo 94º de la Constitución”. Primero sustitutivo del primer párrafo 2º, de la que se pedía también integral supresión.

7 Como mínimo constituidos por los requisitos puestos por el procedimiento previsto en el art. 138º Constitucional, o de una doble deliberación de cada Cámara por un intervalo no menor de tres meses, para no hablar del eventual referéndum. Sabido es también que la normalización subconstitucional y la práctica han ido en dirección de una racionalización del procedimiento para reducir los tiempos, en el sentido que las deliberaciones de las dos Cámaras sean alternativas y no sucesivas (Cámara-Senado, Cámara-Senado; o viceversa), por lo que es imposible una recuperación del tiempo en hacer pasar los tres meses de la primera deliberación que se comprometió con el debate y la aprobación ante la otra Cámara.

Vale la pena precisar que una nota dominante de esta atormentadora fase política, que se manifestaba en todo el debate, era (y en medida mucho menor, es como veremos) el temor de un rápido retorno a las urnas, apenas considerado políticamente oportuno y posible, es decir, precisamente, apenas fuese aprobada la nueva Ley electoral, desde el momento que eran consideradas generalmente inadecuadas del todo las vigentes, para poder ser utilizadas, aunque disponibles. Vale la pena colocar las vicisitudes de la así llamada enmienda Lauricella, al menos, parcialmente, dentro de los acontecimientos más generales del marco político de las semanas y de los meses anteriores.

Las elecciones políticas del 24 y 25 de febrero del 2013, tras acontecimientos muy agitados que habían involucrado el nuevo Parlamento, daban lugar a un gobierno Letta, constituido dos meses después de las elecciones, el cual apareció inmediatamente frágil y, particularmente, no influyente en la acción, sobre todo, por las condiciones de inestabilidad del mayor partido de la coalición (y del Presidente del Consejo). Ese Gobierno, además, por la muy particular situación desarrollada tras las elecciones de los tres "polos" de igual consistencia y reciprocidad, no de coalición, disponía además de una amplia problemática base parlamentaria, constituida por fuerzas que en las elecciones se habían presentado en competencia y por el contrario, según la tradición italiana de los últimos veinte años, en claros, diferentes y opuestos bandos, de las así llamadas coaliciones pre-electorales.

Está claro que, en este contexto, la aprobación de una de los dos enmiendas "Lauricella" marcaba al menos, para una parte de las fuerzas parlamentarias, el precedente más o menos inmediato del final de la legislatura.

En efecto, ha sido también, sobre todo, el acelerador de la caída del gobierno de Letta, dimitido el día 22 de febrero 2014, el hecho de que el partido de la mayoría relativa, no parecía más dispuesto a apoyarlo y se hacía necesario y deseable, incluso por los *partner* de la mayoría parlamentaria, que la conducción del gobierno viniera a coincidir con la nueva conducción del partido de la mayoría relativa. En efecto, tras los resultados de las elecciones Bersani, el secretario del Pd, renunciaba y con las "primarias" del 8 de diciembre de 2013 (aunque formalmente elegido unas semanas más tarde, por la Asamblea Nacional del Partido)⁸, le sucedía en el ejercicio, el no parlamentario, Matteo Renzi.

Estos habían declarado que la experiencia del gobierno sería continuada pero la asumían de forma decidida en calidad de *líder político*, la iniciativa alrededor de la realización de las reformas institucionales, produciendo inevitables incertidumbres sobre la actividad de un gobierno que, por otra parte, avanzaba lentamente sobre cada plano y también sobre el institucional, por cuanto había asumido, bajo los benévolo deseos del reelegido Jefe del Estado, un compromiso preciso para tal fin en las declaraciones programáticas.

La iniciativa política del secretario del Pd operaba en el sentido de dejar a la Cámara de Diputados la estructuración y el debate antes de la aprobación de la Ley electoral y, con decisión drástica, de pasar al Senado —cuando el gobierno y el mismo Pd, eran considerablemente más débiles— el debate y la primera aprobación de la revisión constitucional. Mientras tanto Renzi asumía, por lo tanto, la Presidencia del Consejo y los conflictos internos del partido y se reflejará en los grupos parlamen-

8 En virtud del art. 11º (Proclamación de los resultados y nombramiento del Secretario) del Reglamento para los procedimientos de elección del Secretario y de la Asamblea Nacional, aprobado por la dirección del Partido Democrático el 27 de septiembre 2013 (art. 9º, párrafo 1 del Estatuto del partido), que preveía que la Cámara nacional se habría reunido dentro de los diez días siguientes al desarrollo de las elecciones "primarias" y, al tercer párrafo, que el Presidente de la Asamblea habría proclamado electo para el cargo de Secretario al candidato que, sobre la base de comunicaciones de la Comisión Nacional para el Congreso, hubiera obtenido la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional" (con listas vinculadas a los candidatos de las primarias).

tarios y en forma rápida (justo un mes después del nombramiento del Gobierno) se había pronunciado el esquema de la reforma en el Consejo de Ministros, 31 de marzo, presentado al Senado de la República⁹.

Con arreglo a la naturaleza bastante ambigua de las enmiendas Lauricella, inicialmente no estaba claro ni siquiera cómo el nuevo gobierno, apoyado también por una joven fuerza parlamentaria, que tenía sobre todo las ganas de medirse en las elecciones, le habría evaluado, siendo raramente atribuidos a una maniobra de las oposiciones internas, respaldadas por instancias transversales y mucho más extendidas, para alejar la perspectiva del voto anticipado con la perspectiva, quizás, de dañar el impulso del *neo-leader*.

La niebla inesperadamente desaparecía muy pronto y en una dirección que hacía de las enmiendas casi un "huevo de Paloma". La perspectiva de la aprobación de una de las dos enmiendas Lauricella, y en particular la aprobación en la comisión de aquella de abrogación neta del art. °2 del proyecto (que luego será bautizado como "D'Attorre", del 4 de marzo), creaba las condiciones de una amplia, sino general, pacificación del clima entre los parlamentarios y removía uno de los obstáculos para el libre desplegarse frente a la acción parlamentaria (y gubernamental) inherente al progreso del proceso de reforma de las instituciones (siendo esto también agradable al Gobierno), no debiendo más –al menos en línea de máxima– los parlamentarios temer un disolución anticipada de las Cámaras en tan poco tiempo de legislatura¹⁰.

Por un lado, se habría aclarado "que la Ley electoral no es una pistola que apunta para ir a votar mañana, sino parte de un solo paquete destinado a hacer eficientes las instituciones" (Meloni). Por otra parte, otro aspecto igualmente importante, para el momento, era que a nadie se le escapaban las resistencias que los senadores habrían estimulado una modificación de la composición y del papel del Senado (con las consiguientes pocas posibilidades de reelección para la casi totalidad de ellos), en las afirmaciones de que Lauricella se prefiguraba - que la aprobación de una de los dos enmiendas Lauricella habría sido equivalente a la garantía de que, entre las dos reformas, la ordinaria del sistema electoral, y la constitucional, referida a la segunda parte de la Constitución, esta última no habría terminado "empantanada".

En esos días, se desarrollaba una verdadera ofensiva transversal que incluía a casi todos los partidos políticos (o al menos amplios sectores) cuyo suelo operativo habría sido sobre todo la Cámara de Diputados y el proyecto de la Ley electoral, tanto que una de las dos enmiendas así llamadas Lauricella (lo que impulsaba *tout court* la referencia al Senado) se concedía sustancialmente recuperada y vuelta a proponer, con la firma conjunta de los diputados del Pd, Sel, Ncd, Cd, Liga y M5S en una enmienda con la primera firma Migliore (Jefe de la Cámara de Diputados de Sel), en el sentido combinatorio de las dos enmiendas originarias: no sólo que la Ley electoral habría entrado en vigor en conjunto (o después, puede decirse condicionadamente) a la aprobación de la revisión constitucional, pero previendo expresamente una limitación de sus efectos a la sola Cámara de Diputados. La sentencia del Tribunal Constitucional citada, es cierto, afectaba a ambas leyes electorales con censuras de inconstitucionalidad y suponía consignar Leyes electorales inmediatamente aplica-

9 Acto n°. 1429, el así llamado Boschi, con el nombre del Ministro competente, sobre "disposiciones para la superación del bicameralismo equitativo, la reducción del número de diputados, la contención de los costos de funcionamiento de las instituciones, la supresión del CNEL y la revisión del título V° de la Constitución".

10 La cuestión se planteaba de forma particular, con relativa más fuerza sólo para los senadores, para los cuales la participación en la reforma y la tendencia a un resultado positivo, por lo diferido, correspondía en síntesis a un "suicidio", como perjuicio de las modalidades de elección de los nuevos senadores. Ver *infra* en el texto.

bles pero con la enmienda Migliore (que sin embargo no habría pasado, ver *infra*) si se casaba definitivamente con la visión de que el debate sobre la ley electoral debía ser confinado al único sistema electoral de la Cámara de Diputados, bajo el presupuesto de que para el Senado de la República se hubiese también revestido simultáneamente de una profunda revisión, y en primer lugar en cuanto a su manera de composición, con una opción declarada de Gobierno, integrada también por el así llamado Pacto del Nazareno, para la creación de un órgano de indirecta elegibilidad; por lo que, en realidad, esta perspectiva habría sido formalizada sólo a finales de marzo, en el acto de presentación del proyecto de Ley Constitucional de iniciativa gubernamental ante el Senado de la República, al que hemos hecho alusión. Según muchos analistas y comentaristas la finalidad de la enmienda Migliore (firmada entre otros, por los Pd Lauricella y Naccarato) habría sido la de alejar las perspectivas del voto desde el momento que la limitación del debate de la Ley electoral a la sola Cámara de Diputados, habría producido al momento de la aprobación, también con respecto a la cláusula temporal, que se habría votado con dos sistemas distintos electorales: para el Senado con aquello resultante de la intervención manipulada por el Tribunal Constitucional, para la Cámara (en concreto con la enmienda Lauricella y la evolución posterior) con la nueva Ley electoral. Pero cualquiera que fuese la *intentio* de los proponentes, la justificación pública hecha a esta enmienda Migliore (común, en esto, a los Lauricella) era que, de este modo se habría asegurado, sino garantizado, la exhaustividad de las reformas.

Es un argumento interesante desde el punto de visto jurídico, porque si la coherencia entre distintas reformas (revisiones) es sin duda una importante cuestión, sin embargo, la estrecha concatenación entre las vicisitudes habría podido llevar a algún efecto discutible o que podía despertar dudas, y que alguien habría luego declinado, como enseguida veremos, incluso hasta en términos de dudosa constitucionalidad de las soluciones presentadas. Estaba por otra parte declarada la finalidad más inmediata de la enmienda Migliore (al menos según las palabras de su proponente, muy diferentes a los tonos, mucho más púdicos, de los demócratas) de “expulsar Renzi” y debilitar el arma de la disolución anticipada¹¹. Finalidad que era sin duda subyacente a muchos partidarios de la solución pero que, independientemente de la discusión sobre la titularidad del poder, estaba en la irrupción un límite más bien de orden político. En cuanto en el ordenamiento constitucional italiano el poder de decretar la disolución no podrá ser precluido en ningún momento (si existen las condiciones y sin perjuicio de lo dicho por la Constitución en el artículo 88º), y en particular por la ausencia de Leyes electorales, dada la naturaleza de Leyes “constitucionalmente necesarias” y, por lo tanto, indefectibles.

Del resto, no podían subestimarse los problemas prácticos, como los de votar con dos leyes totalmente distintas, y también los inconvenientes del proceso. ¿Y si los senadores se hubieran mostrado como autoridades, por otra parte previsible, para reformar el Senado? ¿Por qué retrasar tanto la entrada en vigor (no la aprobación) de la Ley por la Cámara de Diputados? ¿El verdadero fin era prolongar la legislatura o bloquear el proceso de reformas? Si los términos técnicos previsible para el despliegue de un procedimiento de revisión constitucional sin grandes contratiempos y comprendido el eventual referéndum, conducían hacia la mitad del 2015, o bien de lo contrario, era lejana la meta del vencimiento natural de la legislatura hacia un remoto 2018.

11 “Él ha dicho no querer el voto enseguida y de aspirar a una reforma global? Bien quiero ver si es cierto [...] o si por el contrario quiere tenerse el arma del voto”. PALMERINI, L. (2014). “Dal fronte anti-urto spontaneo due norme che allontanano il voto”, *Il sole 24 ore*, 30 de enero, p. 11, que contenga declaraciones del jefe Sel a la Cámara, Gennaro Migliore.

Por otro lado, y casi por otra parte, habían jugado un buen papel, sobre todo los diputados del Pd, al señalar que tales enmiendas, estableciendo las causas y las condiciones, eran adecuadas para poner a prueba a los principales actores del proceso de innovación institucional en sus efectivas voluntades, obligándolos al hacer relativamente improbable la disolución de las Cámaras, a proceder (pero sin demora?) hacia la meta, la cual era siempre la realización de una condición política necesaria (pero no se ha dicho que lo fuera jurídicamente, en forma suficiente) para una posterior disolución de las Cámaras. Sin contar con que tales argumentos producían una cierta perplejidad al subordinar descaradamente el ejercicio de la función de revisión a cálculos de orden político y que *timing* y calidad del producto (por no decir la utilidad para el país) podrían mantener relaciones, por así decirlo, problemáticas¹².

Si bien es cierto que, inicialmente los contrayentes del así llamado Pacto del Nazareno habían quedado en un primer momento perplejos por tales enmiendas, y, sobre todo, la parte que parecía más débil que ponía a prueba al reclamante, indicando tales soluciones como ajena a los acuerdos e inclusive impugnándolos de inconstitucionalidad¹³ (sobre el punto ver *infra*).

3. El 11 de febrero se inició la votación de las enmiendas al proyecto después de una nueva serie de conversaciones con el Secretario del Pd Renzi, con exponentes, sobre todo, de Forza Italia, a fin de verificar el mantenimiento de los Acuerdos y la disponibilidad a las modificaciones, mientras era, sobre todo, la minoría Pd la que va a declarar que la enmienda Lauricella representaba un aspecto fundamental de la *variedad* de las reformas. Por días continuaban las garantías, según lo cual se pretendía sólo “ayudar a Renzi a llevar a buen puerto la reforma electoral, que es una pieza del paquete total de las reformas institucionales”¹⁴, tesis retomada por el autor de la enmienda en cuestión, en virtud del argumento de la eficacia (pero también de la singularidad, sobre un plano estrictamente formal), que va a ser retomada en seguida: “podemos prometer el final del Senado electivo y al mismo tiempo aprobar una ley electoral para Palacio Madama?”¹⁵. Sin embargo, él rechazaba rotundamente cualquier insinuación dirigida a afirmar que el verdadero intento sería el de ofrecer ocasiones

12 Berlusconi habría expresado “decepción” por la introducción de un punto no acordado ni agradable. Véase MAGRI, U (2014). “La svolta totale del Cavaliere dopo una telefonata nella notte”, *La Stampa*, 5 de marzo, p. 2. Uno de los pocos testimonios explícitos de incumplimiento justo en la solución, es entrevista al líder de Forza Italia de la Cámara de Diputados, Brunetta, de MARCHIS, G (2014). “Vía il lodo Lauricella oppure salta l’accordo sulla partita elettorale”, *La Repubblica*, 3 de marzo, p. 11, que dice: “todo esto está fuera de los acuerdos” (una declaración similar a la de algunos días anteriores de Sisto, del mismo partido, que ya hemos mencionado), “el acuerdo es total pero va en paralelo. La Ley electoral se aprueba en un mes, las constitucionales en un año y medio”. Afirma Lauricella: “hay una fuerte presión, para utilizar un eufemismo, por parte de Forza Italia, para evitar mi enmienda”, PITONI, A (2014). “Capiremo chi vuole il cambiamento e chi bluffa”, *La Stampa*, 3 de marzo, p. 8.

13 FUCCARO, L (2014). “La legge elettorale alla prova decisiva. L’incognita dei cento voti segreti”, *Corriere della Sera*, 10 de febrero, p. 6. Con referencia a una declaración de Sisto (Fi y de no especificadas personas del *entorno* de Renzi). Brunetta (de MARCHIS, G (2014). *Art. cit.*, hacía referencia a rasgos nombres precisos de inconstitucionalidad en la propuesta, y similares aspectos por parte de otros dirigentes, emergían en la jornada, véase GORODISKY, D (2014). “D’Attorre: Matteo mantenga gli impegni sul Senato”, *Corriere della Sera*, 4 de marzo, p. 8). En particular Gasparri indicaba una condición para denegar la promulgación por parte del Jefe del Estado, evidentemente sobre la base de una manifestación inconstitucionalidad de la medida. TROCINO, A (2014). “Italicum, l’accordo ancora non c’è. L’idea di congelare l’entrata in vigore”, *Corriere della Sera*, 4 de marzo, pp. 8-9. El punto será retomado en seguida sobre un plano más técnico.

14 FUSANI, C (2014). “Al Italicum manca l’algoritmo e non può assegnare i seggi”, *l’Unità*, 11 de febrero, p. 5, frase atribuida al diputado Cuperlo.

15 En verdad no es un nuevo tema porque al menos en dos legislaturas se había argumentado que la reforma del Senado fuera perjudicial al cambio de la Ley electoral. Pero nunca se había dado la circunstancia de una atilación tan concreta del problema.

para ocultar todo el proceso o, simplemente, de alejar la perspectiva del voto¹⁶: más bien “es cláusula de salvaguardia de garantía del proyecto de Renzi”¹⁷, el cual, mientras tanto sucedía Letta (nombrado el 23 de febrero) en su doble papel de Secretario-Presidente del Consejo se respondía rápidamente a la nueva situación y mostraba una distinta percepción, sino de los tiempos, si de las oportunidades. Todavía por algunos días, sin embargo, se alimentaba el debate de si la concatenación explícita entre la reforma de la Ley electoral y revisión de la Constitución, y específicamente de la dilatación de los tiempos para la entrada en vigor del nuevo sistema electoral, era “seguro para la vida del gobierno” o, por al contrario, un problema¹⁸ y las garantías de la concatenación entre los dos procesos a un cierto punto, se solicitaba como condición previa del Ncd (Nuevo Centro Derecha) para ser parte integrante de la mayoría parlamentaria y del Gobierno¹⁹. No solo el tema va más allá de los rasgos de dudosa constitucionalidad que bien se planteaba sobre un plan general una validez política (que entrelaza entre otras cosas la clásica cuestión de las dos mayorías, la de gobierno y la de revisar la Constitución, con las tensiones clásicas recíprocas que operan en estas ocasiones²⁰). Aparecían también características de orden técnico, también, no insignificantes.

En el momento del debate (y aún hoy, después de la aprobación del proyecto en la Cámara) el nuevo sistema electoral se basaba en un doble turno eventual muy peculiar, destinado a aportar a una de las dos listas o, más probablemente, coaliciones pre-electorales un “premio” en escaños (un dudoso mecanismo peculiarmente italiano). Ahora bien, si el sistema hubiera sido el mismo para la Cámara de Diputados y para el Senado de la República, siendo el premio nacional, en teoría habría podido ir a campos distintos, con efectos que venían subrayados como paradójicos, sino ridículos²¹, y que por otra parte ya habían sido alertados años atrás en el debate sobre la aprobación de aquella que después habría sido la Ley n.º. 270 de 2005: ¿se podrían imaginar dos premios de mayoría (nacionales) que concluyesen en dos mayorías diferentes²².

- 16 “La promesa del tiempo”, según la expresión de MAURO, E (2014). “L’azzardo dell’acrobata”, *La Repubblica*, 14 de febrero. “Los diputados quieren durar”, D’ALIMONTE, R (2014). “La legge elettorale detta i tempi della legislatura”, *Il sole 24 ore*, 22 de febrero, p. 1. Sobre el tema también SABBATUCCI, G (2014). “La pistola carica sul tavolo delle riforme”. *Il Messaggero*, 24 de febrero, p. 1.
- 17 VECCHIO, C (2014). “Alle urne nel 2018? Sì, ma per aiutare Matteo”, *La Repubblica*, 11 de febrero, p. 9. Entrevista al diputado Pd Giuseppe Lauricella.
- 18 Ver sobre el tema, críticamente, AINIS, M (2014). “Sulla legge elettorale ora non c’è più fretta”, *Il Corriere della Sera*, 24 febrero, p. 1, donde dice que Renzi “può fare “COSE” soltanto se può condizionare il Parlamento con il ricatto delle urne”.
- 19 Ver, por ejemplo, D’ARGENIO, A (2014). “Italicum dopo la riforma del Senato o il Ncd non entrerà nel Governo”, *La Repubblica*, 20 de febrero, p. 9, entrevista a Quagliariello. “La ley electoral debe ser colocada explícitamente en el mismo grupo de las reformas, debe ser guiadora pero no puede tener su autonomía», no debe haber si quiera la duda de que se está haciendo la nueva ley electoral para luego no hacer las otras reformas e ir a elecciones”.
- 20 Se habla de garantía de duración del Ejecutivo y de garantía de que no hayan pactos “parasociales” entre aliados de gobierno y oposición a causa del tema de las reformas. Por lo tanto la prioridad de la mayoría de gobierno y luego, en su caso, su ampliación. Ver *ult. cit.*
- 21 “Seremos el chiste europeo”, Quagliariello, *ult. cit.*
- 22 La cuestión de alguna manera se había superado, a costa de introducir una irracionalidad más evidente, con la declinación del premio al Senado en múltiples premios regionales, pero, dicho sea de paso, el solo hecho de poder producir en teoría no hace más que acentuar las dudas de legitimidad sobre los “premios”. También se admite que sea en primer lugar “un bicameralismo perfecto” y ser una anomalía absoluta, su característica de ofrecer una garantía jurídica de “fabricar” una mayoría plantea problemas específicos: una cosa es, con Cámaras con iguales poderes, la posibilidad política (desagradable pero que no hace un giro) que se generen mayorías distintas, otro es fundar una garantía jurídica de una mayoría y luego encontrarse con un Parlamento sin la posibilidad de instalar un gobierno.

En cualquier caso, Lauricella reclamaba “un recorrido de reformas completo y constitucionalmente correcto”, “una cláusula de salvaguardia que permita llevarla a conclusión”, que el “recorrido puede ser invertido: antes la reforma del bicameralismo y luego una Ley electoral coherente y, quizá, mejor”²³, y que el Presidente del Consejo tendría que “sentirse solo protegido y garantizado por mi enmienda”²⁴. Y, efectivamente, el neo-nombrado Presidente del Consejo anunciaba la voluntad de llevar lo más adelante posible la legislatura, incluso si no hubiera faltado ocasionalmente en imaginar la perspectiva de un regreso anticipado a las urnas. La misma Forza Italia, *partner principal* para las reformas, se habría finalmente puesto atrás con una nota difundida con el resultado, después de una reunión de la cúpula del partido²⁵.

La enmienda Lauricella, y aquellas en las cuales se habían inspirado, estaba para desarrollar, en un único proceso de innovación institucional, reformas que se orientaban en vías distintas, en Cámaras parlamentarias distintas y –principalmente– entregadas a fuentes distintas: ordinaria una, constitucional otra. Sin embargo, debe aclararse que la cláusula de la entrada en vigor diferida caía, y la convergencia en un único proceso se realizaba (hasta prueba en contrario...) sin que los dos diseños de Ley perdiesen su mutua independencia, en cuanto estaban separados.

En efecto, entre las dos enmiendas Lauricella (y, antes, la descartada enmienda Migliore), las fuerzas políticas venían a converger en el «asunto» oficialmente del grupo del Pd e íntegramente supresivo del art. 2^a, y por lo tanto, limitante del alcance operativo de la Ley electoral en debate en la única Cámara de Diputados (desde ese momento la prensa lo llamará “enmienda D’Attorre”, por el nombre del líder de minoría del Pd; mientras que la otra enmienda Lauricella, de entrada en vigor condicionada, será retirada).

En un sistema bicameral «perfecto», se asociaba un recorrido de “etapas” que parte de un único diseño. Sin embargo, y pongamos atención, la diferencia entre las dos enmiendas Lauricella está en la diferente forma de operar del *timing*, y esto no es, de poca importancia. En el supuesto de que en cada caso se podría votar cuáles sean las Leyes electorales vigentes, la enmienda después retirado el *timing*, estaba expresada de manera más densa, con una cláusula suspensiva anómala porque operaba no sobre la eficacia de las normas sino sobre la entrada en vigor²⁶. En lo aprobado,

23 CASTIGLIONE, C (2014). “Lauricella: Italicum e riforme, dal mio lodo i tempi giusti”, *Il Mattino*, 26 de febrero, p. 6. Se trata de una entrevista al diputado. El Presidente del Consejo, referida las declaraciones programáticas dadas de las dos Cámaras afirmaba que las dos reformas viajan acompañadas: “En cuanto al acuerdo sobre la ley electoral - el llamado Italicum), comprendemos la necesidad de valorizar el hecho de que una Ley electoral que permita la segunda vuelta como, por supuesto, establecido sobre la presencia de una sola Cámara. Al mismo tiempo, sabemos perfectamente que la Italicum está lista para ser debatida en la Cámara. Y nosotros, desde este punto de vista, consideramos la Italicum no sólo una prioridad, sino una primera respuesta parcial a la necesidad de evitar que la política pierda aún más la cara. Me explico: ¿con qué credibilidad podemos decir que es urgente intervenir sobre la Ley electoral y luego perder la ocasión del sistema de cuotas que hemos encontrado? Ciertamente, nosotros decimos que políticamente existe un nexo neto entre el acuerdo sobre la Ley electoral, la reforma del Senado y la reforma del Título V^o: son tres partes de la misma cara”. Estas son las declaraciones programáticas del Presidente del Consejo dadas al Senado de la República, sesión n.º. 197 De 24 02 2014 .

24 FUSANI, C (2014). “Il mio emendamento serve a evitare scherzetti”, *L’unita*, 21 de febrero, p. 7.

25 CERAMI, G (2014). “E adesso spunta l’italicum monocamera”, *Página 99*, 5 de marzo, p. 5.

26 Este punto de vista es de señalar porque potencialmente habría impactado formalmente con la nota Directiva del Consejo de Europa de 2003 que prohíbe cambios de sistemas electorales en el año anterior al voto. En este caso, sin embargo, la violación de la Directiva habría sido más de orden formal que sustancial porque la entrada en vigor habría sido, es cierto, coincidencial con el final de la legislatura, pero en esencia la decisión política (cuya realización anticipada es la verdadera *ratio de la disposición*) habría sido probablemente muy anterior (dado que la Ley, y hablamos del sistema electoral para la Cámara de Diputados, probablemente aprobado mucho antes del año previo a la conclusión

en cambio, se realiza más que otro, la verificación de una articulación de un tipo casi lógico, diríamos, del proceso reformador, pero la Ley electoral de la Cámara está destinada probablemente a ser aprobada y a entrar en vigor antes de la revisión constitucional (y de los mecanismos de elección del Senado). La diferencia entre las dos enmiendas es que con aquella retiran, eventualmente, si el proceso no hubiese llegado a una conclusión, se habría votado con las Leyes resultantes de la intervención del Tribunal Constitucional (como hasta hoy, del resto); con la enmienda D'Attorre en cuestión de semanas o mes, en teoría, se dispondría de una Ley con premio de mayoría para la Cámara de Diputados y una Ley proporcional poco distorsionadora (pero no más el "deber a lote" de los premios regionales *RANDOM*) al Senado. Diferencia, no por poco, que quizás hace de la enmienda D'Attorre menos vinculante del juego político de cuanto no aparezca. El hecho es que siempre que se aprueben la Ley electoral (Cámara) y la Ley de revisión de la Constitución (que contiene al menos disposiciones de principio sobre la elección del Senado, que reenvía el resto a una futura Ley ordinaria), serán aprobadas en tiempos diferentes y –con la elección de la solución Lauricella-D'Attorre– entrarán en vigor en tiempos diferentes.

4. Mientras que, como hemos dicho, habría sido al menos extraño aprobar dos leyes electorales, las así llamadas de "MAJORITY Assuring" (en el sentido de que contengan ambos premios en escaños para distribuir a nivel nacional y tales de asegurar una mayoría inicial absoluta en escaños), muchos han señalado que la solución opuesta, nacida a tal fin para ser temporal, de *no* considerar absolutamente el Senado, a los efectos de la reforma electoral sea también no ausente de aspectos problemáticos, hasta perfilarse de una dudosa legitimidad de la solución. La afirmación procedente de círculos políticos y científicos, nos parece, sin embargo, excesiva o no suficientemente probada.

En un primer y dirimente plano, dicho con claridad, la solución prefigurada no tiene ni podría por la actual configuración del «tipo» Ley electoral de las Cámaras parlamentarias, la aptitud para incidir sobre el poder de disolución de las Cámaras. Ciertamente, podrá existir alguna rémora en recurrir a ellas, y aquí prescindimos de los rasgos de disponibilidad sustancial del poder en cuestión. Pero será utilizable y a la luz de las consideraciones apenas realizadas y de las tendencias actuales del sistema político (por ejemplo, el resultado de las elecciones europeas) no es ni siquiera dicho que daría lugar a un resultado esquizofrénico (y que no es más de lo que se ha tenido con la Ley Senado 2005-2013), lo que no sería satisfactorio a nuestros «directores», que quisieran el "ganador seguro" la noche de las elecciones a fin de entregarle los unívocos (sic!) mandatos electorales.

Exploremos. Si el poder en cuestión era utilizado antes de la reforma de la Ley electoral de la Cámara, se iría al voto con los dos sistemas electorales, con similares resultados según la sentencia del Tribunal Constitucional. Si se llegara al voto tras la aprobación de la Ley electoral pero en la mora de la aprobación de la revisión constitucional (es decir, de la presumible transformación del Senado en órgano no directamente electivo), se votaría con dos sistemas electorales, es cierto, profundamente diferentes. Y es, precisamente, este plano, caracterizado por algunos como una consciente manipulación del sistema, que se ha planteado una duda de constitucionalidad porque no habría más la simetría resultante de las sentencias del Tribunal ni tampoco (ya) superación del bicameralismo «perfecto». En este caso, nuestra forma de gobierno parlamentario se basará una vez más en la confianza bicameral y la mayoría de gobierno podría ser no concesional (para usar un eufemismo) por dos leyes electorales muy diferentes, de la cual son una «majority Assuring». El riesgo inherente a la solución ha sido tomado en consideración con una profundización de las oficinas de la Cámara

de Diputados, que se han limitado a comprobar la existencia de dos leyes electorales vigentes y de la viabilidad técnica de las votaciones con los dos diferentes sistemas²⁷. A nuestro juicio, una duda de legitimidad constitucional consistente se habría planteado, más bien, con el estatuto del proyecto de Ley anterior a la presentación de las enmiendas Lauricella (ambas), por el riesgo de aprobar dos Leyes electorales iguales con dos premios de mayorías nacionales. Puesto que la anomalía es la confianza bicameral. Hay que tomar en cuenta que el Instituto en cuestión está previsto, y *Ab origen*, por la Constitución (tanto que, para algunos aspectos, incluso se podría razonar sobre el hilo de los límites de la revisión constitucional del bicameralismo, aspecto que aquí no se trató de tocar en lo mínimo) por lo cual una censura de inconstitucionalidad no habría podido sino abarcar el ya de por sí discutible artefacto del premio (con caducidad para ambos, en la imposibilidad para el Tribunal de realizar evaluaciones políticas). No parece convincente asimilar este escenario a la situación pre-1992 donde siempre han estado vigentes dos diferentes, y no es poco, Leyes electorales, porque otra es la diferencia entre las Leyes, de algún modo descontada, poco o mucho, del bicameralismo y de la confianza bicameral, bien otra es la ganancia de un premio que por su naturaleza favorece la gobernabilidad (pero en la versión actual incluso "garantiza" las mayorías) y que por el mismo hecho de ser reproducido en un ordenación bicameral pone en una mera casualidad la realización de las dos posibilidades (también en formas así draconianas).

Entonces, vistas las diferencias del electorado activo (destacadas por muchos estudios electorales tienen, junto con algunas diferencias de funcionamiento, desviaciones significativas)²⁸, pero aunque hubiesen sido removidas, el escenario habría sido muy problemático, llegándose a contradecir *ipso facto* a la (ya discutible) esencia del premio de mayoría, el cual, queriendo integrar las observaciones del Tribunal, por su naturaleza no podría ser que «nacional» pero también «único» (razón que lleva a dudar en primer lugar, también en este plano, de la legitimidad de los "premios"). En este sentido, Ainis ha dicho desde un plano general que los sistemas electorales pueden ser diferentes, pero sin llegar a contradecirse²⁹, afirmación quizá discutible en los reflejos concretos que se podrían extraer pero que puede ser al revés invertida en la hipótesis no conjurada: dos Leyes iguales a premio y por eso sin duda *ilegítimas* porque potencialmente contradictorias en los resultados. O, por el contrario, ¿debería considerarse la posibilidad a partir de riesgo aproximado de una posible razón de ingobernabilidad que se introduciría en el sistema pero no una contradicción en sentido estricto, sin embargo, de convertirse en vicio?

Pero volvamos al escenario futuro de las dos Leyes electorales diferentes, una sola de las cuales "a premio" y examinamos los argumentos subyacentes en la Sent. n.º. 1 del 2014, que hace suyos Ainis como la tesis de que la ordenación estaría a riesgo de ilegitimidad tras la posible aprobación de la Ley por la Cámara. Aquí no se trata tanto de debatir en abstracto cuándo se realice o no esa contradicción entre principios o *rationes*. Bastará señalar, para la opinión más radical (y contraria esta enmienda D'Attorre), según la cual no podrían tenerse dos distintas Leyes electorales para las dos Cámaras, no sólo porque esto es fatal y siempre habría ocurrido, sino, también, y sobre todo, que la Sent. n.º. 1 del 2014 al prohibir los premios de mayoría distribuidos, al Senado, "sobre una

27 LABATE, T (2014). "Si tratta per applicare l'Italicum solo alla Camera", *Il corriere della Sera*, 3 de marzo, p. 10.

28 En Italia, los resultados electorales entre las dos Cámaras han estado más que alineados y las desviaciones han sido marginales, aunque sólo en años más recientes, con los mecanismos de los colegios uninominales, después de los irracionales premios regionales, la cuestión se ha convertido en macroscópica. Para no hablar del efecto determinado por la única diferencia de electorado activo, que en ciertas etapas de la historia Italia (y también hoy) ha tenido efectos muy importantes.

29 AINIS, M (2014). "Il senso perduto sulla legge elettorale", *Corriere della Sera*, 4 marzo, 2014, pp. 1, 42.

base regional», sostiene (según nosotros discutiblemente, por otra parte, a partir de la posibilidad abstracta del premio, dentro de ciertos límites distorsionadores) sobre *ratio* del instituto, no sobre otro³⁰, siendo el hipotético contraste entre las *rationes* las dos leyes, otro perfil que según nosotros se vería significativamente de relieve en la comparación y la interacción de dos Leyes a premio (porque el contraste si no fatal resultaría objetivo, al menos en potencia), pero sería mucho más difícil de argumentar en otros casos donde se trata simplemente de razonar sobre el *continuum* representatividad-gobernabilidad (o proporcional-mayoritario; además con el problema de bajar la valoración de los sistemas mixtos) en un modo que no puede ser muy fluido y poco indispensable.

Por tanto, parece, a nuestro juicio, no debidamente probada la tesis de que se ha afirmado vigorosamente la inconstitucionalidad del ordenamiento «futuro» (y por lo tanto, en concreto, esta enmienda D'Attorre, definido *mostrum* jurídico por las virtualidad que contiene) integrando aquel “vicio de irrazonabilidad absoluta” con implícito reenvío a cuanto afirmado por el Tribunal en Sent. n.º. 1 del 2014³¹. Y parece no probado, sino recurriendo a una *intentio* (no ciertamente a una *ratio*), que el efecto sea “intencionadamente dirigido a impedir la formación de una mayoría de gobierno en ambas Cámaras” (como dice el autor).

La concepción demasiado rígida y las palabras del Tribunal se decontextualizan. Por ello resulta plausible la opinión de un prestigioso constitucionalista, Capotosti, el cual se ha limitado a hablar “sin política” del nuevo sistema³², lo que si se logrará (y hasta que no llegue a puerto la otra reforma). Y en ese sentido, probablemente, deberían ser considerados los comentarios muy críticos de Luciano Violante que concluye, siempre en un plan de oportunidad política, que “es necesario antes cambiar el Senado y luego reformar la Ley electoral”³³.

Cierto, si el recorrido es así tan “teleguiado” no se llegará a la conclusión, y mientras tanto, se hubiera aprobado una ley válida para una sola Cámara, la madre del diseño, Lauricella, tiene buen derecho para afirmar que se trata de una Ley “muy insidiosa”³⁴. Por eso, y aquí estamos realmente en la toma de posesión de una *intentio* muy extendida, esta enmienda fue preferida a otra, aparentemente más extraña a partir de su mecanismo de entrada en vigor diferido sino por los efectos sistémicos mucho más tranquilizadores (lo aseguraba en cada momento la presencia de dos Leyes vigentes muy similares hasta conseguir la reforma del Senado). Pero estamos en el plano de las evaluaciones de la política, sin consecuencias en el plano jurídico. Ciertamente, desearíamos que se tratase de un riesgo calculado. Y si es excesivo considerar que el problema sea neutro o secundario “porque no se votará más para elegir a los senadores”, “porque el Senado será abolido”³⁵ (Renzi)³⁶, y, por otro lado, nos parece tan excesivo pensar que, si esto no ocurriera y se llegara a votar se produciría quién

30 En el sentido que también en caso de falta de aprobación de la revisión constitucional, el sistema completo no sería inconstitucional Mirabelli, interrogado por CONTI, M (2014). “Legge elettorale solo per la Camera. Renzi: bene, tanto aboliremo il Senato”, *Il Messaggero*, 5 de marzo, pp. 2-3.

31 MORRONE, A (2014). “Ley-mostro mache va bene a quei due”, *Europa*, 5 de marzo, pp. 1,4.

32 BREDA, M (2014). “Il nodo del doppio binario sulla legge elettorale. Per il Colle nessun ostacolo”, *Il corriere della Sera*, 6 de marzo, pp. 8-9.

33 MILANESIO, MP (2014). “Violante: un sistema irragionevole così non si garantisce la governabilità”, *Il Mattino*, 5 de marzo, p. 3.

34 El regreso a las urnas (antes de la conclusión de la revisión) “técnicamente se puede hacer, políticamente sería absurdo”. LOMBARDO, I (2014). “Matteo vuole un testo, non importa quale”, *Il Secolo XIX*, 5 de marzo, pp. 2-3.

35 CONTI, M (2014). *Art. cit.*

36 FRANCO, M (2014): in: *Il corriere della Sera*, 5 de marzo, p. 6.

sabe algún *vulnus* a la Constitución. Entonces, el escenario sigue siendo posible y precisamente Renzi, de tanto en tanto, lo menciona aunque manteniéndose detrás de las atribuciones formales del ejercicio del poder. Entonces las dos en una: o la aprobación de la Ley electoral será aplazada en el tiempo siguiente (el que no parece que esté en las intenciones del Gobierno y en los términos del así llamado Pacto del Nazareno), o entre alguna de las alternativas con la cual conviviremos, dentro de poco, será entre la prosecución del camino de debate y la aprobación de la revisión constitucional o un *redde rationem* entre las distintas visiones que animan el debate y las distintas líneas de tensión donde también encontrarían puesto, pero no solo, para una posible disolución de las Cámaras, con lo cual algo de mezcolanza se pueda alcanziar.



Algunas reflexiones sobre el marco dogmático de las organizaciones no gubernamentales en el derecho internacional público

Some Reflections on the Dogmatic Framework for Non-Governmental
Organizations in International Public Law

Giancarlo SCALESE

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

Hay una escisión entre el orden internacional y la sociedad civil. Damos poderes específicos a los Estados, quedando el poder en manos de los gobiernos y las organizaciones internacionales formadas por los gobiernos. La sociedad internacional es una comunidad inorgánica. El orden jurídico internacional no es una *magna civica gentium*. La transformación del derecho internacional se produce con la introducción de las ONG. Hoy en día, estas organizaciones son muy poderosas, tanto como para afianzarse junto a los poderes del Estado. Poseen una especie de *ius contrahendi* de relevancia internacional. Tienen un mecanismo de garantía en el derecho internacional. Actúan en funciones legislativas y ejecutivas. Si bien adversan a los gobiernos, sobre todo por su poder, su contribución al derecho internacional es irrenunciable, en la acción normativa y en las mesas de negociaciones. Las ONG pueden disfrutar de un *ius contrahendi* o un *derecho de ayuda humanitaria*. Pueden tomar parte en el proceso de la misma manera que las organizaciones internacionales, a menudo en calidad de *amicus curiae*. Tienen su autonomía jurídica en función de saber operar en las instancias del derecho internacional. Se observan los esquemas de las fundaciones de derecho privado, porque son entes no colectivos distintos de los Estados. Las ONG se configurarían así como una especie de fundación internacional no gubernamental, dotada de una

Abstract

A cleavage exists between international order and civil society. Specific powers are given to the States, so that power is in the hands of the governments and international organizations formed by the governments. International society is an inorganic community. International legal order is not a *magna civica gentium*. The transformation of international law was produced with the introduction of NGOs. Today, these organizations are very powerful, enough to secure themselves together with the powers of the State. They have a type of *ius contrahendi* of international relevance and a guarantee mechanism in international law. They act in legislative and executive functions. While they oppose governments, above all for their power, their contribution to international law is inalienable in legal action and at negotiation tables. The NGOs can enjoy a *ius contrahendi* or a right to humanitarian aid. They can take part in the process in the same way that international organizations do, at least in the role of a friend of the court (*amicus curiae*). They have legal autonomy in terms of knowing how to operate in international law agencies. They observe the structures of private law foundations, because they are non-collective entities different from the States. NGOs would be configured as a kind of international, non-governmental foundations endowed with a valid, autonomous international

subjetividad internacional autónoma válida *erga omnes*. Su fuerza se va a medir, sin embargo, sobre el principio de efectividad.

Palabras clave: Derecho, organizaciones no gubernamentales, gobierno, tiempo.

subjectivity *erga omnes*. Their strength will be measured, nonetheless, using the principle of effectiveness.

Keywords: Law, non-governmental organizations, government, time.

EL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE OPERAN LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

El ordenamiento jurídico internacional, en su estructura de base, se caracteriza por la división evidente que se presenta con respecto a la sociedad civil.

Los individuos, en efecto, aún considerándose en la dimensión colectiva de los pueblos sometidos a la autoridad del gobierno, son totalmente carentes de personalidad jurídica internacional¹, sin contar con un contacto directo con las normas establecidas por la Comunidad Internacional de Estados, que pueden referirse a ellos sólo en forma mediada².

Así que, con respecto a las normas internacionales que parecerían darles sus "derechos", en realidad, ellos resultan ser meros beneficiarios materiales de hecho de situaciones jurídicas subjetivas que competen sólo a los Estados interesados (pensemos, por ejemplo, a las normas del derecho humanitario³, en el instituto de la protección diplomática⁴, o al principio de la autodeterminación de los pueblos⁵). Simétricamente, se afirma para aquellas normas internacionales que parecieran imponer sus "deberes", las cuales vistas de cerca, se resuelven en la atribución de particulares, de poderes específicos a los Estados para reprimir ciertos actos realizados por personas físicas (como en el caso de *crimina juris gentium*)⁶.

Los individuos, no son aún capaces de condicionar los procesos formativos del derecho internacional, cuando el ejercicio de su relativa función reguladora permanece firmemente anclada en

1 La afirmación es cualquier cosa menos pacífica en la doctrina, ya que muchos autores sostienen la personalidad jurídica internacional de los individuos, en algunos casos, como LEANZA (2002). *Diritto internazionale*, Turín, p. 105ss., al afirmar la centralidad del individuo en el ordenamiento internacional contemporáneo. Para un análisis actualizado de la jurisprudencia pertinente sobre el tema, Véase CANNIZARO (2012). *Diritto internazionale*, Turín, p. 317ss. Sin embargo, dadas las características más destacadas de la comunidad internacional parece preferible excluir la subjetividad de los individuos (personas físicas o jurídicas) en ese contexto. Hay muchas contribuciones sobre el tema. Entre las obras más importantes sobre el tema aquí podemos citar: SPERDUTTI (1950). *L'individuo nel diritto internazionale*, Milán; PARRY (1956) "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law I", *RC*, vol. 90, p. 657ss.; DURANTE (1958). *Ricorsi individuali ad organi internazionali*, Milán; DAHM (1961). *Die Stellung des Menschen im Völkerrecht*, Tübingen; NOGAARD (1962). *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen; ARANGIO RUIZ (1971). "L'individuo e il diritto internazionale", *RDI*, p. 561ss.; CASSESE (1971). "Individuo (diritto internazionale)", in: *ED*, vol XXI, Milán, p 184 y ss..

2 Cfr. QUADRI (1968). *Diritto internazionale pubblico*, 5ª ed., Napoli, p. 398ss.

3 Sobre el tema en general, véase, por ejemplo, LAUTERPACHT (1950). *International Law and Human Rights*, Londres; LATTANZI (1983). *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milán; DE GRUTTY (Eds) (2002). *Le nuove sfide sulla protezione internazionale dei diritti umani ecc*, Pisa; ZANGHI (2002). *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Turín; VILLANI (2005). *Studi su la protezione internazionale dei diritti umani*, Roma.

4 Para un análisis a fondo de la institución en cuestión, Véase CONDORELLI (2003). "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle", *RDI*, p. 5ss.

5 Véase para todos, GUARINO (1984). *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Nápoles.

6 Véase para todos, CASSESE (2003). *International Criminal Law*, Oxford.

manos de los gobiernos y en parte, de las organizaciones internacionales (OI), las cuales son, no obstante, asociaciones de los Estados.

Todo deriva del carácter de base de la sociedad internacional que se presenta como una comunidad anorgánica que se compone esencialmente de Estados, con el resultado de que es el propio Estado el punto de partida para la elaboración y el funcionamiento del orden jurídico internacional y del cual consituye, sin duda, el *atomus*⁷.

En este cuadro –en verdad desolador desde el punto de vista sociológico– se podría sostener que las necesidades de las poblaciones y por lo tanto de la sociedad civil, están en cada caso, mediadas por el Estado como entidad que resume y sintetiza las necesidades de las comunidades humanas que constituyen la población. Y, sobre esta vía, se podría llegar a afirmar que, al menos con respecto a los gobiernos de inspiración democrática, las instancias político-sociales hechas propias por la mayoría que las apoyan, podrían influir en el resultado de sus acciones. Pero esto es cierto sólo en mínima parte. Cualquier esfuerzo para extremizar este discurso, equivaldría a la creación de una sugestión excesivamente utópica de las dinámicas internacionales, negada por la historia que, en cambio, demuestra cómo los Estados –incluso aquellos más democráticos– frecuentemente actúan sin el conocimiento de sus ciudadanos o por necesidades diferentes o coincidentes con aquellos de la población que representan. Cualquier persona, después de todo, que tenga el más mínimo conocimiento de la fenomenología de las relaciones internacionales, bien sabe cómo la voluntad del cuerpo social internacional reside en los mecanismos celosamente guardados por las cancillerías que excluyen a los ciudadanos del mundo de su funcionamiento, sin que se pueda ni remotamente configurar el derecho internacional como el ordenamiento de una *magna civitas gentium*.

En el período sucesivo, sin embargo, al fin de la Segunda Guerra Mundial los individuos han comenzado a asumir progresivamente una posición más incisiva con relación al ordenamiento internacional, organizándose en grupos capaces de operar fuera del ámbito del Estado y de influir en la opinión pública mundial⁸.

El aspecto más importante de esta nueva tendencia, en prospectiva susceptible de generar una profunda transformación de la comunidad de Estados⁹, todavía dominada por una concepción principalmente diplomática de las relaciones internacionales, está, sin duda, representada por el fenómeno de las así llamadas organizaciones no gubernamentales (ONG)¹⁰.

7 Véase TREVES (2005a). *Diritto internazionale*. Milán, p. 5ss.

8 El fenómeno tiene sus orígenes en Europa y los EE.UU. Hasta la fecha, el tercer mundo sigue siendo completamente ajeno: Véase NGUYEN DINH QUOC (2009). *Droit international public*, 8ªed. Eds Daillier-Forteau-PELLET, París, p. 712.

9 Para una discusión sobre este tema, véase TREVES (2007b). "Etats et organisations non-gouvernementales", in: AA. VV. *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Melanges offerts à Jean Salomon, Bruselas.

10 Existe una vasta literatura sobre el tema del derecho internacional. Además de los autores que se mencionan de vez en cuando en el resto de este artículo, véase: CORTESE-PAPINI (1971). "L'importance des associations non-gouvernementales dans la vie internationale et leur représentation auprès des institutions intergouvernementales", *RSE*, p. 313ss.; BENVENUTI (1978-1979). "The nature and Features of International Non-Governmental Organizations", in: *IYIL*, p. 84 y ss.; ID. "Osservazioni sulla rilevanza delle organizzazioni non governative", in: ED, vol. XXXI, Milán 1981, p. 408ss.; SÖCINI-LEYENDECKER (1984). "Osservazioni sulla rilevanza delle organizzazioni non governative nella comunità internazionale", *Estudios Sperduti*, Milán, p. 695ss.; RECHENMERG (1986). "Non-Gouvernemental Organizations", *EPIL*, n.º 9, p. 276ss.; MARCHISIO (1987). "Le Organizzazioni internazionali non governative (Oing): tipologia, struttura, funzioni, "riconoscimento" nel diritto internazionale", *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, p. 9ss.; DELBRÜCK (2001). "Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization", *Schw. Zeitsch. Int. Und Eur. Recht*, p. 1ss.; LINDBLOM (2001). *The Legal Status of Non-Governmental Organizations in International Law*, Uppsala; ID, *Non-governmental Organisations in International Law*, Cambridge,

Las ONG, pueden, inicialmente definirse en términos generales como las asociaciones de derecho privado creadas para la consecución de un interés externo respecto a los sujetos que constituyen la base personal, y que provienen de diferentes países¹¹. Ellas, por lo tanto, desde un punto de vista jurídico formal, se presentan en *prima facie* como entes de derecho interno¹², constituido por iniciativa privada (o mixta, aunque no principalmente estatal), que reúnen a personas físicas o jurídicas¹³.

Su acción, sin embargo, se orienta a la búsqueda a escala transnacional¹⁴ de un propósito moral –sin fines de lucro– que puede ser muy variado: humanitario, ambiental, científico, religioso, político, cultural, deportivo, etc.: basta pensar en los trabajos de la “Cruz Roja Internacional” (CRI), del “World Wildlife Fund” (WWF) o incluso de “Amnistía Internacional”, por nombrar sólo algunas de las ONG más famosas e importantes de la escena mundial¹⁵.

Si tenemos en cuenta, por lo tanto, los objetivos y la actividad de estas asociaciones pueden entenderse cómo ellas son capaces de influir en –sino hasta de corregir– la acción de los Estados, creando, a veces, serios problemas para ellos¹⁶. Las ONG, se presentan, por lo tanto, como el eficacísimos instrumentos de movilización de la opinión pública mundial, a través de campañas de sensibilización e información, susceptibles, en última instancia, de dar lugar a un penetrante control político transnacional, sobre la conducta de los gobiernos¹⁷. A través de las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil se encuentra finalmente en posición de reclamar la solución de algunos de los problemas más graves que enfrenta la sociedad internacional contemporánea, haciendo valer su punto de vista¹⁸.

2005; VON BOGDANY (2004) “*Democrazia, Globalizzazione e futuro del diritto internazionale*”, *RDI*, p. 317ss.; CHARNOVITZ (2006). “Non-governmental Organizations in International Law”, *Ajil*, p. 3 ss.; SHELTON (2007). “The International Court of Justice and Non-governmental Organizations”, *ICLQ*, p. 139 y ss.; IOVANE (2008). “La participation de la société civile à l’élaboration et à l’application application du droit international de l’environnement”, *RGDIP*, p. 465ss.; ROSSI (2010). *Legal Status of Non-governmental. Organizations in International Law*, Antwerpe.

11 Véase los autores antes citados, en nota precedente.

12 Ver al respecto in: infra par., 3.

13 Véase para todo NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, p. 711.

14 Clasifica las organizaciones en universales, intercontinentales y regionales en función del ámbito espacial en el que desarrolla su trabajo, MARCHISIO (1985). *Le organizzazioni non-governative internazionali e la cooperazione allo sviluppo*. Roma. La doctrina, sin embargo, propone diferentes criterios para la clasificación de las ONG de tipo sociológico, funcional, etc. Para ver un análisis en profundidad de la cuestión Véase WHITE (1968). *International Non-governmental Organizations, Their Purpose, Methods and Accomplishment*, Nueva York.

15 En lo que respecta al sector del deporte se considera la relevancia de la labor del Comité Olímpico Internacional; véase a este respecto, SAPIENZA (1977). “Sullo status internazionale del Comitato olimpico internazionale”, *Revista de Derecho del Deporte*, p. 407ss. En el ámbito religioso se encuentra, pues, la posición de la Iglesia Católica, que se discutirá más adelante, nota 71.

16 NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, p. 712. La fuerza del impacto de las ONG en la escena mundial es, sin duda, aún más fuerte por los enormes recursos financieros de que dispone. Basta pensar que a principios del nuevo milenio, su presupuesto global ha superado los 1.600 millones de dólares, lo que constituye, de hecho, la quinta potencia económica mundial, como subraya CARREAU (2007). *Droit International*, IX ed., París, p. 47.

17 Véase DUPUY-KERBRAT (2012). *Droit International public*, II ed., París, pp. 270-271.

18 Véase FREYSS (2004). “La solidarité internationale, une profession? Ambivalence et ambiguïté de la professionnalisation”, *Revue Tiers Monde*, n.º. 180, octobre-décembre, p. 738.

No debe sorprendernos a este punto, como frecuentemente los Estados se han opuesto firmemente la labor de las ONG¹⁹, entre otras cosas, poniendo en tela de juicio su representatividad real²⁰. Pero al final fueron los mismos gobiernos que se dieron cuenta de la irrenunciabilidad de la participación de la sociedad civil y por lo tanto, de las ONG para afrontar aquellos fenómenos de talla global como la inmigración, la pobreza, la contaminación, etc., respecto de los cuales los instrumentos tradicionales de cooperación internacional han demostrado sus limitaciones²¹. Es, en efecto, evidente cómo las ONG más acreditadas podrían aportar una contribución significativa en la gestión de este tipo de problemas, debido a los conocimientos técnicos y a la experiencia científica con que cuentan.

Todo esto ha venido a favorecer la participación de las ONG, en los procesos de elaboración e implementación de las normas internacionales, lo que ha dado lugar a una verdadera y propia formalización real de la contribución prestada por ellos en el marco de la cooperación internacional²². Así, en los foros intergubernamentales más importantes, no se duda hoy en afirmar que la contribución de las ONG a este respecto, constituye un prerequisite indispensable para el logro de una realización del desarrollo económico y social caracterizado por la satisfacción de las instancias democráticas de la sociedad civil²³.

LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN LA GESTIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

En la etapa actual de desarrollo de las relaciones internacionales, se asiste a una importante y creciente participación de las organizaciones no gubernamentales en el ejercicio de las funciones jurídicas fundamentales del derecho internacional (normativa, ejecutiva y de evaluación del derecho).

Probablemente, las manifestaciones más importantes de esta tendencia se registran en el ámbito de la función normativa internacional, en particular en lo que respecta, al proceso de elaboración de nuevas normas, especialmente en las áreas de la tutela de los derechos humanos, del medio ambiente y de la cooperación en favor de los países en desarrollo²⁴.

En este sentido, en primer lugar, hay que destacar cómo las principales ONG participan en la labor de diversas organizaciones internacionales, después de haber adquirido la condición de "observador", influyendo en su producción normativa. Emblemática en este sentido, es la disposición contenida en el art. 71 de la Carta de la ONU, según el cual, el Consejo Económico y Social podrá tomar todas las medidas oportunas para involucrar a las organizaciones no gubernamentales compe-

19 Ejemplificado por el caso de la acción puesta en marcha en el puerto de Auckland en contra del buque "Green Peace" Rainbow Warrior, que fue gravemente dañada por los servicios secretos franceses en 1985.

20 Véase, CICIRIELLO (2008). "Il ruolo delle organizzazioni non-governative nell'ordinamento internazionale contemporaneo", *Estudios en honor a Humberto Lanza*, Napoli, p. 105.

21 En tal sentido, véase CARBONE (2011). "I soggetti e gli attori della Comunità internazionale", in: CARBONE-LUZZATO-SANTA MARIA (Ed) (2011). *Istituzioni di diritto internazionale*, IV ed., Turin, pp. 36-37.

22 Véase CARREAU (2007). *Op.cit.*, p. 47

23 Véase entre otros: La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Económica Internacional, del primero de mayo 1990 (A/ S-18/15); el Informe del Milenio de 2000, adoptada por el Secretario General de las Naciones Unidas. Sobre este punto, véase. CARBONE (2011). *Op. cit.*, pp. 39-40; CICIRIELLO (2008). *Op. cit.*, pp. 95-96.

24 Especialmente en lo que respecta a la cooperación en el desarrollo se debe tener en cuenta el papel esencial que ahora desempeñan las ONG en la ayuda en favor de los países en desarrollo, que ya a finales de los años 80 se situó en el 15% del total de las sumas pagadas; sobre este punto Véase, CARREAU (2007). *Op. cit.*, p. 47.

tentes en la realización de sus actividades estatutarias²⁵. Disposiciones similares se encuentran, pues, en comparación con otras importantes OI, como la OEA, la OIT, la UNESCO, la FAO, sin mencionar todas aquellos supuestos donde las colaboraciones con las ONG, resultan institucionalizadas, también en silencio del pacto institucional del ente internacional, como en el caso del Consejo de Europa²⁶ o la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)²⁷.

También hay que destacar que, nada impide que una ONG se convierta, a todos los efectos, en un miembro de pleno derecho de una OI. Tal posibilidad está, de hecho, indirectamente apoyada por el art. 2, letra. a) del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones, aprobados en forma definitiva por la CDI en 2011²⁸, según el cual: "Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de los Estados, *otras entidades*"²⁹, incluyendo así los entes en discusión³⁰.

Sin embargo, la importancia del papel que desempeñan las ONG en relación con la función normativa internacional, va mucho más allá de la producción de fuentes de tercer grado como parte del fenómeno de la organización intergubernamental, que también a menudo se traduce en la adopción de meros actos de *soft law*.

Aún más incisiva, de hecho, debe considerarse la presencia de las ONG en la ejecución de algunas conferencias internacionales, donde participan en calidad de observadores. A través de la participación en las negociaciones internacionales, el fuerte conocimiento técnico-científico que poseen y la representatividad de la sociedad civil que debe ser a ella otorgada, las mismas pueden tener un impacto en los resultados finales de la cooperación pactada, por tanto, en la elaboración de las normas pertinentes, realizando una acción pertinente de *lobbying* en las delegaciones gubernamentales que participan³¹.

25 De acuerdo con esta disposición: "The Economic and Social Council may make suitable arrangements for consultation with *non-governmental organizations* which are concerned with matters within its competence. Such arrangements may be made with international organizations and, where appropriate, with national organizations after consultation with the Member of the United Nations concerned". El Consejo Económico y Social, por lo tanto, regula la acreditación de las organizaciones no gubernamentales a que con la resolución n. 288 B, de 1950; cfr. también sus resoluciones. 1296, 1968, n. 1553, 1970 y n. 31, 1996. Para una discusión sobre el tema, véase: SERRA (1948). "Le organizzazioni internazionali non governative nel sistema delle Nazioni Unite". *Cl.* p. 379ss.; STOSIC (1964). *Les organisations non gouvernementales et les Nations Unies*, Ginebra; WILLETS (1996). *Consultative Status of NGO's at the United Nations*, in *The Conscience of the World: the Influence of Non-governmental Organizations in the U.N. System*, Londres, p. 33ss.

26 Véase ROLE (1957). *Relations between the Council of Europe and International Non-governmental Organizations*, Bruselas. Como parte de esta organización, las ONG participan activamente en las actividades de los órganos de toma de decisiones pertinentes. A este respecto, véase las resoluciones del Comité de Ministros: n.º. 93/38 de 18.10.1993 ("Relations between the council of europe and International Non-governmental Organizations") y n.º. 2003/8 de 19.11.2003 ("Participatory Status for International Non-governmental Organizations with the Council of Europe").

27 Véase NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, p. 721.

28 Véase. YILC (2011). vol. II, 2ª parte, p. 6.

29 Cursivas añadidas.

30 Por ejemplo, dentro de la OMT algunas ONG tienen la condición de "miembros afiliados", aunque con poderes limitados con respecto a aquellos de los estados miembros; sobre este punto, véase. NGUYEN DINH QUOC (2009). *Op. cit.*, p. 712. Pero Véase también art. 3º del pacto institucional de la OIT, que establece que los representantes de los proveedores y los empresarios se sientan en los órganos colegiados de la organización en posición de igualdad con los de los estados.

31 Véase TREVES (2005b). *Op. cit.*, p. 156.

Es cuanto ha sucedido, por ejemplo, durante la Conferencia de Roma de 1998, que condujo a la aprobación del actual Estatuto de la Corte Penal Internacional, obtenida a pesar de la fuerte oposición de algunos Estados participantes, entre ellos los EE.UU., gracias a la decisiva contribución de las ONG³². Lo mismo se puede decir, con la participación de muchas organizaciones no gubernamentales en la Conferencia de Río de Janeiro sobre la Biodiversidad de 1992, auspiciada por la Asamblea General de la ONU³³ o de la decisiva contribución de "Amnistía Internacional"³⁴ con ocasión de los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 1984.

Dada la participación ya casi sistemática en las principales Conferencias Internacionales celebradas en los últimos años en el campo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, es posible argumentar en este punto que se está en presencia de un modelo renovado de Diplomacia³⁵, que fuera del esquema tradicional de contratación y por lo menos en ciertas áreas, no puede prescindir de la participación de las ONG, como entes exponenciales de las necesidades de la sociedad civil³⁶.

Pero más allá de la incidencia sustancial, tomada en el curso de estas negociaciones, se debe indicar, como a veces las ONG, concluyen los Acuerdos con las autoridades gubernamentales, que, aunque no es comparable a verdaderos y propios tratados, deben considerarse, sin embargo, regulados por normas internacionales, como en el caso del Acuerdo de sede que concluyó en 1996, por la Cruz Roja Internacional, con Suiza³⁷. Similares Acuerdos parecen estar demostrando la existencia de una especie de *ius contrahendi a cargo de las ONG*, de indudable importancia internacional, como lo demuestra la doctrina más significativa³⁸.

De cualquier forma, el impacto de la labor de las ONG en los mecanismos de producción jurídica internacional, no se limita al pacto de cooperación, sino también que involucra el *ius non scriptum*. Las prácticas regulares observadas pueden de hecho estar al origen de la formación de ciertas reglas consuetudinarias. Consideremos, por ejemplo, a las normas que disciplinan *erga omnes la in-*

32 Véase CICIRIELLO (2008). *Op.cit.*, p. 99 ss.

33 Véase la resolución n°. 44/228, del 22 de diciembre de 1989.

34 Con alrededor de dos millones de miembros, se trata probablemente de la ONG más importante y representativa que trabaja en el campo de los derechos humanos, que en 1977 fue ganadora del Premio Nobel de la Paz.

35 Así CICIRIELLO (2008). *Op. cit.*, p. 101; igualmente Véase CARBONE (2011). *Op. cit.*, p. 39, que se refiere a las ONG como "entidades sin estructura gubernativa, pero capaz de iniciar y dirigir un método diferente de elaboración normativa internacional respecto a aquello tradicional a través de la utilización de *new forums* para ese propósito".

36 Véase SLAUGHTER (2000). "The Role of NGO in International Law Making", *RC*, vol. 285, p. 96ss.; IOVAN (2004)). "Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente", in: AA.VV. (2004). *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Nápoles, p. 133ss.; WISEMMBERG (2003). "The Role of Non-governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", in: SYMONIDES (Edi) (2003). *Human Rights International Protection, Monitoring, Enforcement*, Berlington, p. 347ss.

37 Cfr. GAUTIER (1997). "ONG et la personnalité internationale: a propos de l'accord conclu le 29 novembre 1996 entre la Suisse et la Fédération des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge", *RBDI*, p. 172ss.

38 Cfr. NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, p.112.

tervención de la Cruz Roja en los conflictos armados³⁹, a conectarse en gran parte, al comportamiento específico de la misma, como se evidencia en la doctrina más atenta⁴⁰.

Además de las formas de participación anteriormente descritas, en el ejercicio de la función normativa, las ONG desempeñan un papel apreciable también con relación a los mecanismos de garantía del derecho internacional⁴¹.

En este sentido, en primer lugar, cabe señalar que ciertos tratados, especialmente en materia de medio ambiente⁴², atribuyen sus tareas de supervisión y verificación al cumplimiento de las obligaciones del tratado internacional que incumben a los Estados contrayentes, como en el caso de la Convención de Washington sobre el Comercio Internacional de especies de animales y vegetales en riesgo, del 1973 o de la Convención de Berna relativa a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa, de 1979⁴³.

A continuación, debe concluirse que las ONG que trabajan en el campo de la protección de los derechos humanos, en ocasiones de crisis de importancia internacional, gozan, bajo ciertas condiciones, de un verdadero “derecho a la asistencia humanitaria” en el ámbito sanitario y de los alimentos⁴⁴. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, de 1977, establece, por ejemplo, en el art. 5, párrafo 4, el deber a cargo de las partes en conflicto de aceptar la oferta de ayuda de la Cruz Roja Internacional o de organizaciones no gubernamentales similares, si no resultase designada una potencia protectora. Además, la Asamblea General de la ONU, en su Resolución No. 43/31 08 de diciembre 1988, ha invitado a todos los Estados de hacer posible, por lo menos, la asistencia de las ONG en favor de las víctimas de los desastres naturales.

A la luz de estas disposiciones consideradas en su conjunto, se perfila una no marginal participación de las ONG en el ejercicio de la función ejecutiva del derecho internacional. Casos similares se convierten, de hecho, en una *intervención legítima* de las mismas en los asuntos de los demás, adecuada en todos los casos para garantizar el cumplimiento de las normas y principios aceptados por la comunidad internacional⁴⁵.

Consideraciones similares pueden finalmente llevarse a cabo con respecto a la función específica de evaluación y control del derecho internacional⁴⁶.

Por cuanto, deba descartarse que las organizaciones no gubernamentales –al igual que la OI– tienen derecho a participar en el proceso internacional, más claramente confirmado por el artículo

39 El Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional, fundada en 1863 por Henry Dunant, quien ahora coordina el trabajo de varias entidades nacionales afiliadas a ella, ha proporcionado una extraordinaria contribución al desarrollo del derecho humanitario de la guerra; cfr., a este respecto, BENVENUTI (1983). *Lineamenti e natura della Croce-Rossa internazionale e delle sue componenti*, Padua.

40 En tal sentido, Véase NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, pp. 358, 1083 y 1086.

41 Cfr. TREVES (2005b). *Op. cit.*, p. 158.

42 Cfr. DUPUY-KERBRAT (2012). *Op. cit.*, p. 271.

43 Cfr. CICIRIELLO (2008). *Op. cit.*, p. 112

44 Cfr. BETTATI (1996). *Le droit d'ingérence*, Paris, p.384 ss; LATTANZI (1997). *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*. Turín.

45 Véase, RANIEVA (1997). “The Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international”, *RC*, vol. 270, p.50 ss.

46 Véase, SHELDON (1994). “The Participation of Non-governmental Organizations in international Judicial Proceedings”, in: *AJIL*, p. 615 ss.

lo 34 del Estatuto de la CIG⁴⁷, no se puede negar, sin embargo, la tendencia a reconocerles a las mismas la posición en calidad de *amicus curiae*, es decir, la calidad de sujeto tercero autorizado por el órgano judicial a intervenir en la causa, a fin de proporcionar elementos de hecho o de derecho pertinentes para la decisión⁴⁸. Esto se debe a lo que, por ejemplo, ocurre en el sistema de la OMC, cuyos órganos de decisión en todos los niveles del juicio pueden, si lo estiman oportuno, habilitar a las Organizaciones no Gubernamentales a la presentación de Memorias⁴⁹. Una facultad procesal similar, admitida también por la jurisprudencia del CIADI⁵⁰ y en el ámbito del TLCAN⁵¹, se resuelve, mejor vista, con la posibilidad de que las Organizaciones no Gubernamentales hagan uso de un concreto *locus standi* en el proceso internacional, también sin convertirse en parte, condicionando así la decisión de autoridad de la controversia planteada al conocimiento del Tribunal competente⁵².

LA CUESTIÓN DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES: UNA POSIBLE SOLUCIÓN

La investigación llevada a cabo hasta ahora, refleja una participación más importante de las organizaciones no gubernamentales en la vida de las relaciones internacionales, lo cual ha llevado a la doctrina a preguntarse acerca de la verdadera naturaleza de estas organizaciones, con especial atención a la posibilidad de atribuirles la calificación de sujetos de derecho internacional.

La gran mayoría de los autores, sin ignorar la importancia obvia de las acciones internacionales realizadas por las organizaciones no gubernamentales, argumentan a favor de una respuesta negativa al problema, haciendo hincapié en el carácter puramente doméstico de estas entidades⁵³. Se trataría, en otras palabras, de meras asociaciones de derecho interno constituidas por fuerza de un ordenamiento nacional que debería ser consideradas como “actores no dotados aún de una verdadera personalidad jurídica internacional”⁵⁴. Las organizaciones no gubernamentales, así, dado que no cuentan con una participación plena en el ejercicio de las funciones jurídicas fundamentales del derecho internacional, no representarían centros autónomos de imputación jurídica. Por lo tanto, las normas internacionales a ellas parecieran referirse, terminarían sólo con la creación de meras situaciones jurídicas “de reflejo”⁵⁵, de las cuales las propias ONG no tendrían ninguna titularidad. Si-

47 El par. I de esta disposición establece, de hecho; “Only States may be parties in cases before the Court”.

48 Véase ASCENSIO (2001). “L’*amicus curiae* devant les juridictions internationales”, *RGDIP*, p. 897ss.

49 Véase BARATTA (2002). “La legittimazione dell’*amicus curiae* dinanzi agli organi giurisdizionali della Organizzazione Mondiale del Commercio”, *RDI*, p. 549ss.

50 Véase, en este sentido, según lo establecido en el procedimiento n°. ARB/03/19, en el caso de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi UniVéasesal v S.A. Argentina, aún pendiente.

51 Véase TEITELBAUM (2003). “Third Party Participation (TLCAN Capítulo XI)”, *LPICT*, p. 249 ss.

52 Sobre la posibilidad de admitir la misma institución en el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, Véase. CICIRIELLO (2008). *Op. cit.*, p. 111, nota 75. La ONG puede proporcionar información al fiscal de la Corte Penal Internacional; cfr. CARBONE (2011). *Op. cit.*, p. 39.

53 Véase, para todo, BENVENUTI (1978-1979). *Organizzazioni*, 110 ss. El cual niega la subjetividad de las ONG dado que “se caracterizan, a seguir, por el hecho de no separarse, en principio, de la coraza de la soberanía estatal”.

54 Así CARBONE (2011). *Op. cit.*, p. 39.

55 Más precisamente, los llamados derechos reflejos consisten en meras posiciones de ventaja que el beneficiario disfruta del efecto mediado y reflejado de relaciones jurídicas adicionales entre las diferentes sujetos, que se caracterizan por resultar absolutamente revocables por estos últimos y por la falta de cualquier remedio ejecutable por parte del titular por insistir en el cumplimiento; sobre el punto Véase QUADRI (1968). *Op. cit.*, p. 181, para el que los “así llamados derechos reflejos... no son realmente derechos individuales sino *situaciones favorables simples*”.

guiendo un enfoque similar, se podría individualizar en el fenómeno de las ONG, mejor aún como meras tendencias de la comunidad internacional, susceptibles de *iure condendo* de originar nuevos desarrollos en el futuro cercano.

Una parte de la doctrina, en cambio, parece ir más lejos hasta hipotizar, aunque con extrema precaución, una capacidad jurídica de las ONG, limitada por las normas contractuales que le conciernen y, que por lo tanto, le valen *non erga omnes*, sino sólo respecto a los Estados que son partes contrayentes⁵⁶.

Estas teorías, aunque contienen elementos innegables de verdad, no parecen del todo aceptable en sus conclusiones.

En primer lugar, porque negar *tout court* la personalidad jurídica de las ONG es equivalente a excluir, en contraste con los resultados de la praxis, el papel sustancial del actor en la vida de las relaciones internacionales por ellas realizado, también, admitido por la doctrina en su conjunto⁵⁷.

Cabe señalar que en el derecho internacional, tratándose del ordenamiento de una comunidad inorgánica cuyas funciones jurídicas fundamentales resultan en buena parte dirigidas por el cuerpo social⁵⁸, la personalidad jurídica requiere la participación efectiva de los sujetos en la vida de las relaciones internacionales. Tampoco se dice, entonces, que una participación semejante debe cubrir necesariamente las mismas características que aquellas propias de los estados. Basta pensar en la OI, cuya personalidad ya no está en duda hoy en día⁵⁹, que, por ejemplo, hay que considerar excluida de la posibilidad de ejercer una verdadera protección diplomática con respecto a sus personas-órganos⁶⁰. En este sentido, hay que señalar que no a todos los sujetos el ordenamiento atribuye necesariamente la misma *capacidad jurídica*. Los conceptos, de hecho, de personalidad y capacidad no son los mismos en la teoría general del derecho. Mientras que la *personalidad jurídica* indica la capacidad abstracta de una persona para convertirse en el titular de las relaciones, la capacidad jurídica es la medida de esa capacidad que define en concreto la forma concreta de la primera. De ello se desprende que los diferentes tipos de sujetos bien pueden presumir de una capacidad diferente.

Por lo tanto, tomar nota de una participación significativa de las ONG en la ejecución de todas las funciones jurídicas fundamentales en el ordenamiento internacional –como es el caso–⁶¹ sin admitir, en principio, la personalidad, no parece una tarea fácil. Y el hecho de que se trata de un compromiso que no tiene la plenitud de la establecida por los estados no constituye en sí misma una ra-

56 Véase CICIRELLO (2008): "La soggettività internazionale delle organizzazioni non-governative: un problema aperto", *CI*, p. 43 ss.

57 Véase *supra*, par. 2.

58 Véase *supra*, par. 1.

59 La jurisprudencia internacional confirma este hallazgo; Cfr. el dictamen de la CIJ del 20 de diciembre de 1980, sobre el caso de "Interpretación del acuerdo del 25 mayo de 1951 entre la OMS y Egipto", *CIJ Informes*, p. 155. Sobre la personalidad internacional de la OI, Véase, para todos BISCOTTINI (1971). *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, Padua; DIEZ DE VELASCO (2003). *Las Organizaciones Internacionales*, XIII ed., Madrid.

60 El derecho de acción para la protección de los intereses personales y financieros de una persona lesionada en el extranjero no sólo puede competir en el Estado nacional, suponiendo el vínculo de la ciudadanía. De ello se desprende que una OI, en el caso de falta de protección de un individuo-órgano, sólo puede actuar en el restablecimiento de daños en la función y luego en "protección funcional"; contra, el dictamen de la CIJ del 11 de abril de 1949 sobre el caso de "Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas", en: *CIJ Informes* de 1949, p. 176 y ss.; para una correcta evaluación del caso, Véase. CONFORTI (2013). *Diritto internazionale*, IX ed., Nápoles, pp. 277-278.

61 Véase *Supra*, par. 2.

zón suficiente para excluir la personalidad de las ONG, por el contrario sólo podría representar el índice de una capacidad diferente, como se acaba de decir.

Sostener, pues, una capacidad jurídica de las ONG estrictamente limitada por las regulaciones que a ella se refieren, significaría el acceso a una visión rigidamente contractual del derecho internacional⁶², con los resultados inaceptables desde el punto de vista lógico y teórico. Con la aceptación de este tipo de enfoque, no habría, de hecho, una personalidad internacional de las ONG, sino tantas personalidades como estados contrayentes de la norma en cuestión. Lo que llevaría simplemente a excluir cualquier capacidad de las instituciones de que se trate y la personalidad relacionada (que es un requisito previo), que, si existiera, no podría sino tener una relevancia *erga omnes* relevancia, como es el caso para cualquier sujeto de derecho.

De hecho, hay que reconocer que la calificación exacta de las ONG desde el punto de vista del derecho internacional representa una cuestión no fácil de resolver, ya que nos encontramos en presencia de instituciones que constituidas por un acto de derecho, terminan jugando un papel no despreciable de “actores” en la escena internacional.

Que las ONG son principalmente asociaciones nacionales está fuera de discusión⁶³. En este sentido, se señala al Convenio de Estrasburgo sobre el reconocimiento mutuo de las ONG, en 1986, promovido por el Consejo de Europa, que exige a los Estados signatarios dar personalidad jurídica de derecho interno a las organizaciones no gubernamentales legítimamente constituidas en vigor del ordenamiento de una de las otras partes contrayentes⁶⁴. Esto es obviamente de una disciplina de pacto internacional privada, con el fin de detectar una posible subjetividad internacional de las ONG⁶⁵, y que podría representar una nueva confirmación de la importancia del fenómeno en cuestión a escala transnacional.

62 Esta es la forma de entender la llamada teorías “positivista” que identifica en los tratados el fundamento jurídico del derecho internacional, reduciendo este ordenamiento a un derecho de coordinación o asociación y negando, además, la existencia de normas internacionales heterónomas (con respecto a la voluntad contractual de los Estados). Este enfoque, con el apoyo de las principales autoridades como Triepel, Anzilotti y Perassi debe considerarse totalmente ajena a la práctica y, por lo tanto, bastante anticuado. Para una crítica perspicaz de este enfoque, Véase. QUADRI (1968). *Op. cit.*, p. 25 y ss.

63 Véase *supra*, par. 1.

64 Para beneficiarse de este mecanismo de reconocimiento “extendido” de la propia subjetividad, las ONG, que pueden indistintamente formar asociación, fundación u otra institución, deben cumplir con ciertos requisitos. En concreto, en el sentido del art. 1 de la Convención, se requiere que las entidades en cuestión: sean Estados instituidos por un acto del derecho interno de una parte contrayente (pública o privada); persigan un enfoque no lucrativo de importancia internacional; desarrollen sus actividades incluyendo por lo menos dos Estados distintos (aunque no sean contrayentes); se hayan situado de manera que el domicilio social como principal esté en el territorio de los Estados contratantes, que ni siquiera tienen por qué coincidir. Para un análisis detallado de este instrumento convencional, consultar SOBRINO HEREDIA (1990). “La determinación de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales no Gubernamentales: contribución del Consejo de Europa”, *REDI*, p.101.

65 El tema de las ONG muestra, obviamente, también desde el punto de vista del derecho internacional privado; cfr. al respecto, LOUSSOUARIN (1959). “*La condition des personnes morales un droit international privé*”, *RC*, vol. 96-I, p. 443ss.; BERTOLI (2004). “The Legal Status of Non-governmental Organizations in Private International Law”, *RDIPP*, p. 103ss. Es necesario recordar que, con respecto al ordenamiento jurídico italiano se destaca el art. 25 de la Ley de Reforma del Derecho Internacional Privado, del 31 de mayo de 1995, n.º 218, que establece que: “Las sociedades, asociaciones, fundaciones y cualquier otra entidad pública o privada, aunque privado de naturaleza asociativa, se rigen por la ley del Estado en cuyo territorio se perfeccionó el proceso de constitución. “Se trata de una disciplina que no debería plantear problemas particulares de interpretación, sobre todo en el caso de múltiples ubicaciones de las actividades de similares sujetos, dado que el criterio de referencia para la identificación de la legislación aplicable –el lugar de establecimiento de la entidad– es fijo y, por lo tanto, inmutable en el tiempo, con la única excepción en el caso de que la misma entidad lleva a cabo su actividad principalmente en Italia, ya que, en este caso será la *lex fori* que ha de tener precedencia.

Sería, por otra parte, absolutamente engañoso tratar la solución del problema de la subjetividad internacional de estas entidades basados únicamente en los datos formales del acto constitutivo o, peor aún, ir en busca de las normas internacionales que confieren a las mismas. En el orden internacional, de hecho, al contrario de lo que sucede en el derecho interno, donde los sujetos de derecho son contados con precisión por ley, no hay normas jurídicas que confieran personalidad. No es necesario en realidad que un ordenamiento defina en abstracto sus sujetos, resultando suficiente que contenga aquellos elementos de hecho y de derecho que consientan –aunque indirectamente– la identificación.

En derecho internacional, por todas las razones mencionadas anteriormente, la detección de la subjetividad de cualquier institución debe basarse necesariamente en la investigación de los datos sustanciales con los que se certifique la participación efectiva e independiente de la finalización de las funciones jurídicas fundamentales⁶⁶. Este es el caso, en primer lugar, del estado cuyas personalidad jurídica internacional prescinde del todo del dato formal de su constitución o del eventual reconocimiento obtenido de los demás miembros de la comunidad internacional. El Estado, de hecho, para ser capaz de jactarse de su propia subjetividad, debe ser capaz de actuar como una organización soberana de una comunidad territorial en particular, realmente capaces de tomar parte en la vida de las relaciones internacionales en plena independencia⁶⁷. Del mismo modo ocurre con la O.I., cuya personalidad ciertamente no puede volver a conectarse a su tratado fundacional, pero se debe considerar el resultado de un proceso de autodeterminación histórica que les lleva a actuar como actores independientes en la escena internacional⁶⁸.

En última instancia, es sólo la capacidad de un ente para imponerse en el plano de las relaciones internacionales y para operar a nivel de gestor del ordenamiento internacional, para decretarles la subjetividad.

Por lo tanto, se puede afirmar que una ONG resulta dotada de personalidad internacional, convirtiéndose así en un centro autónomo de imputación jurídica, en el momento en que es capaz de participar de un modo no insignificante y con plena independencia –sin ningún tipo de condicionamiento por parte de los gobiernos o de otras entidades– al ejercicio de las funciones jurídicas fundamentales de la Comunidad de los Estados.

No parecería entonces una hipótesis tan descabellada argumentar que esto ocurre con respecto a las ONG más importantes las cuales, como ha reconocido por la doctrina más atenta, en razón de la magnitud de su tamaño y organización interna y el patrimonio⁶⁹, así como de su influencia

66 Sobre la cuestión de la subjetividad internacional ver la importante contribución de ARANGIO-RUIZ (1951). *Los entes sujetos del ordenamiento internacional*, Milán; ID: "Stati ed altri enti (soggettività internazionale)", *NDI*, vol. XVIII, Turín, 1971, p. 277ss.

67 Véase QUADRI (1968). *Op. cit.*, p. 423ss.

68 Entonces, bien puede sostenerse, como se evidencia por DRAETTA (1997). *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milán, p. 122, que desde este punto de vista, "La personalidad de las organizaciones internacionales tiene similitudes con la de los Estados ..." y que, por lo tanto, "es a la luz del principio de eficacia que puede determinar si una organización internacional, así como un Estado, es un sujeto de derecho internacional" (*ibid*, p. 124). Lo que presupone la aceptación de la llamada teoría "nstitucionalista" de la subjetividad de las OI, según la cual el nacimiento de una nueva entidad-organización a nivel internacional sería el efecto de un proceso de hechos, más que el efecto del acuerdo contractual que se establece, según lo alegado por la teoría opuesta llamada "contractualista" que luego debe ser rechazada. Para una presentación más detallada de estas dos maneras diferentes de entender la subjetividad de las OI, Véase. BALLARINO (1994). *Organizzazione internazionale*, III ed., Milán, p. 79ss.

69 En este último aspecto, son las organizaciones no gubernamentales pertinentes, especialmente aquellas que utilizan los recursos financieros significativos predominantemente privados y sólo en parte residual de fuentes públicas; esta

en la vida concreta jurídica internacional, terminan adquiriendo una total independencia de los gobiernos, poniéndose en pie de igualdad con respecto a ellos⁷⁰. Por lo tanto, no todas las organizaciones no gubernamentales, sino sólo las que tienen características similares, como por ejemplo la Cruz Roja o "Green Peace", ascenderían a la condición de personas jurídicas internacionales⁷¹.

Sin embargo, en este caso, la caracterización exacta de un tipo similar de entidades no se podría realizar mediante el uso de los esquemas clásicos de la subjetividad internacional. Las ONG, de hecho, debido a sus características estructurales y funcionales no puede en modo alguno compararse con un Estado o a una O.I. En comparación con los Estados, la diferencia es tan evidente que ni siquiera merece ser comentada. Con respecto a las OI, sin embargo, es suficiente observar la diversa base personal de las ONG. Mientras las OI son, de hecho, la unión de los Estados, cada una dotada de una subjetividad autónoma, las ONG se presentan como asociaciones de individuos, que, como ya se ha explicado, son totalmente carentes de personalidad jurídica internacional⁷², por lo que sólo las primeras –y ciertamente no las últimas– podrían considerarse, desde el punto de vista del derecho internacional, como entes colectivos (o asociativos)⁷³.

En última instancia, las ONG se presentan como entidades no colectivas, diferentes de los sujetos base del ordenamiento internacional (los Estados) o de cualquier supuesto de unión internacional (incluidas las OI), consistente en una estructura independiente organizada por la gestión de un patrimonio autónomo, destinado a la protección de un interés no lucrativo considerado digno de importancia por la comunidad de Naciones.

Dicho esto, una posible solución al problema de cualquier marco dogmático de las ONG como sujetos de derecho internacional, podría ser útilmente reconstruido utilizando la teoría general del derecho, en particular en lo que respecta al régimen de las fundaciones. De manera significativa, de hecho, todos los principales sistemas jurídicos nacionales conceden subjetividad a las entidades in-materiales de tipo no-asociativo que implica una organización administrativa dotada de un patrimo-

es una clara garantía de la independencia de la misma de los gobiernos, lo que refuerza la autonomía del comportamiento. Se trata también de un elemento diferenciador de las ONG en comparación con OI, que en realidad resulta ser la primera apoyada por las contribuciones de los Estados miembros.

70 Véase NGUYEN QUOC DINH (2009). *Op. cit.*, p. 711.

71 Un discurso muy especial debe realizarse con respecto a la Iglesia católica, que, con sus más de cuatrocientos millones de fieles, se erige como la más potente ONG en el mundo, que nadie duda de su subjetividad internacional. Las autoridades eclesásticas que están a cargo incluyen, como es bien conocido, la Santa Sede, que es a su vez el gobierno del microestado Ciudad del Vaticano. El gran alivio internacional regulado por este cuerpo no podía relacionarse con un microestado microscópico, cuyo territorio es sólo 0,44 km², comprendido entre los muros del Vaticano y de la población de los cuales está representado sólo por los que tienen una relación de servicio con la misma administración (algo más de 800 unidades). La influencia internacional real de este sujeto, que es bien evidenciada por D'AVACK (1960). "Iglesia Católica (derecho internacional)", *ED*, vol. VI, Milán, p. 968 y ss., debe ser sin duda relacionada con la enorme cantidad de fieles que dan vida a una verdadera ONG, como lo reconoce la doctrina más cuidadosa; cfr. NGUYEN DINH QUOC (2009). *Op. cit.*, pp. 507-508; CARREAU (2007). *Op. cit.*, p. 47 Es significativo, cómo la doctrina que niega la personalidad de las ONG internacionales no puede dejar de reconocer la subjetividad internacional de la Iglesia Católica, como una ONG; cfr. BENVENUTI (1978-1979). *Organizzazioni*, p. 413 La posición ocupada por la Santa sede en la comunidad internacional por lo tanto representa un argumento adicional útil en favor de la reconstrucción de la subjetividad de las organizaciones no gubernamentales, así como se propone en el texto.

72 Véase supra, párr. 1. El fenómeno del asociacionismo, por regla general, en la base del nacimiento de una ONG, en este caso, un flujo puramente interno que nada tiene que ver con el derecho internacional, para el momento en que el derecho internacional tratase, como se acaba de explicar, los fenómenos de agregación de individuos sin personalidad jurídica internacional.

73 Cfr. DRAETTA (1997). *Op. cit.*, p. 24ss.

nio para la consecución de determinada actividad no lucrativa, llamada Fundaciones (*Stiftung*)⁷⁴. Una similar personificación responde claramente a la satisfacción de instancias elementales solidarias del ordenamiento, además ya se encontraban en las aplicaciones que se remontan al derecho romano, e incluso antes de la Grecia Clásica⁷⁵.

Si, por lo tanto, los ordenamientos internos (o leyes nacionales) reconocen personalidad a las fundaciones en función de la importancia social acordada al objetivo que ellas prefiguran, entonces bien podría preverse que, del mismo modo, análogamente el ordenamiento internacional confiera subjetividad a las ONG, en tanto entes no asociativos exponenciales de intereses públicos⁷⁶, siempre en la medida en que sean capaces de imponerse sobre la escena de las relaciones internacionales. De esta manera, el derecho internacional conferiría a la estructura de gestión del patrimonio relativo las competencias necesarias para la consecución del objetivo socialmente útil de la misma perseguido y valorado por la comunidad de los Estados como dignos de consideración; y la capacidad jurídica de las ONG sería así determinada en razón de la competencia de atribuciones que el ordenamiento internacional les asegura⁷⁷.

Las ONG se configurarían en forma de una suerte de *fundación internacional no-gubernamental*, dotada de una subjetividad internacional autónoma válida *erga omnes*.

De este modo, el arquetipo dogmático de las fundaciones proporcionaría la base teórica para una posible atribución de la personalidad jurídica de las ONG, a medirse siempre a la luz del criterio de la efectividad, en este caso convirtiéndose en una herramienta útil para la reconstrucción de la institución correspondiente en el derecho internacional⁷⁸. En última instancia, estaría perfectamente en armonía con la tendencia innegable de la sociedad internacional moderna de ampliar la esfera de sus protagonistas, que se está demostrando sin lugar a dudas en los últimos años⁷⁹.

74 Para un análisis comparado de las fundaciones, consulte PONZANELLI (1992). "Fondazione in diritto comparato", in: *Recopilación de las Disciplinas Privadas*, vol. VIII, Turín, p. 367ss. En el ordenamiento jurídico italiano la disciplina general de las fundaciones se encuentran en los artículos. 14-35 cod. civ. Para un análisis detallado de esta disciplina, Véase. para todos BIANCA (1987). *Diritto civile*, vol. 1, Milan, p. 308ss.

75 Véase IMBERT (1988). "Aperçu historique sur les fondations en droit français", ALPA (Ed). *Le fondazioni*, Padua, p. 36ss.

76 En tal sentido, Véase CARBONE (2011). *Op. cit.*, p.39.

77 Esto justificaría la plena participación de las ONG, en comparación con la de los Estados, en ejercicio de las funciones jurídicas fundamentales del ordenamiento internacional, en tanto entes funcionalmente ligados a la tutela de un interés sostenido por parte de *communis opinio* internacional.

78 El reclamo a instituir la fundación, a primera vista, puede parecer audaz. Sin embargo, debemos tener en cuenta que como fue tan agudamente observado por QUADRI (1968). *Op. cit.*, p. 126, "no es fácil separar limpiamente las concepciones jurídicas internas de las concepciones jurídicas internacionales cuando hay una mejor analogía o similitud de situaciones. La conciencia jurídica interna y la conciencia jurídica internacional son, por así decirlo, interpenetrables, se compenetran como el apoyo de las mismas entidades: los Estados". Por otra parte, la utilidad de la metodología basada en la comparación del derecho internacional con el derecho interno siempre ha sido reconocida por la teoría del derecho internacional; cfr. SCHEUNER (1939). "L'influence du droit interne sur la formation du droit international", *RC*, II, p. 100ss.; FORTI (1944). *Lezioni di diritto internazionale Pubblico e Privato*, II ed., Nápoles, p. 103.

79 Véase TREVES (2005b). *Op. cit.*, p. 137.



La Jurisdicción Internacional del Juez Italiano en la coordinación del Art. 3º CO. 2L. 218/1995 con el sucesivo Reglamento (UE) N. 1215/2012

International Jurisdiction of the Italian Judge in the Coordination of Article 3º CO. 2L. 218/1995 with its Successive Regulation (UE) N. 1215/2012

Francesco MAIELLO

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El derecho internacional 218/1995 crea problemas entre la Ley de derecho internacional privado y la normativa internacional. El Art. 3º co.2 de la Ley parece haber operado un sistema de extensión de la jurisdicción mediante la aplicación del Convenio de Bruselas con respecto a aquellos sujetos que no presentan una relación con los Estados partes. Hay otros argumentos en la doctrina. Se aborda el tema del remio formal y sustancial. Por un lado, de hecho, parece evidente la opción de dejar el sistema interno permeable a las normas de la Convención, por otro lado la falta de transcripción del mismo en las normas comunes y la ampliación del reclamo de eventual modificación posterior que parece guiar el trabajo del intérprete a la técnica de referencia no reenviada. La Corte de Casación, entonces, con exclusión de la reg. 44/2001 se podría considerar una enmienda a la Convención en sentido estricto, aplicaba la disciplina preexistente y, utilizando el criterio del lugar de ejecución de la obligación establecida en juicio (pago de suma de dinero a domicilio del acreedor), fue pronunciada por la existencia de la jurisdicción italiana. Todas las dificultades exegéticas y problemas importantes de coordinación que se encontraron en el Reglamento Bruselas I en la aplicación de la referencia hecha por la legislación italiana internacional privatística el Convenio de Bruselas del 68, y sucesivas modificaciones, no se han superado por la reciente

Abstract

International law 218/1995 creates problems between the Law for private international rights and the international regulation. Article 3º co.2 of the Law seems to have operated a system of extending the jurisdiction through application of the Brussels Convention with regard to those subjects that do not have a relationship with the member States. There are other arguments in the doctrine. The topic of formal and substantive remand is approached. On the one hand, in fact, the option of leaving the internal system permeable to the norms of the Convention seems evident, while on the other hand, the lack of its transcription in the common norms and amplification of the claim for eventual, later modification that seems to guide the work of the interpreter to the non-crossed reference technique can be noted. The Court of Cassation, then, with the exclusion of regulation 44/2000 could consider an amendment to the Convention in the strict sense, applied the pre-existent discipline and, utilizing the criterion of place of execution for the obligation established in judgment (payment of a sum of money to the creditor's domicile), pronounced in favor of the existence of Italian jurisdiction. All the exegetic difficulties and significant coordination problems found in the Brussels Regulation I for applying the reference made by Italian international privatistic legislation in the Brussels Convention of (19)68 and successive modifications, have not been overcome by the recent

promulgación del sucesivo reglamento (UE) n°. 1215/2012, que deroga y sustituye al anterior. En el texto final, sin embargo, el art. 6°, ha regresado a una formulación similar a la contenida en el registro anterior 44/2001, según el cual al demandado no domiciliado en un Estado miembro se aplicarán las normas nacionales sobre la competencia. Se deriva la superposición no perfecta de los campos de aplicación de la Convención y del sucesivo reglamento con la consecuencia de que el efecto sustitutivo impuesto por el art. 68° co. 2 no puede limitarse a los casos de derogación expresa de las normas acordadas.

Palabras clave: Derecho internacional, ley, tiempo, convenios.

promulgation of the successive regulation (UE) n°. 1215/2012, that derogates and substitutes for the previous one. In the final text, however, article 6° has returned to a formulation similar to that contained in the previous register, 44/2001, according to which national norms regarding competence will be applied to the defendant who does not reside in a member state. This results in the imperfect superposition of the fields of application for the Convention and the successive regulation with the consequence that the substitutive effect imposed by article 68° co. 2 cannot be limited to the cases of derogation expressed in the agreed norms.

Keywords: International law, law, time, conventions.

PREFACIO

La inminente entrada en vigor del Reglamento (UE) N. 1215/2012 en materia de competencia jurisdiccional, el reconocimiento y la ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil¹ (así llamado de Bruselas I bis), repropone nuevamente los muy conocidos problemas de coordinación entre nuestra Ley de Reforma del derecho internacional privado y la normativa internacional por ella interpelada.

Los redactores de la Ley 218/1995, de hecho, al intentar una armonización perfecta entre los criterios de jurisdicción exclusivamente interna (nacional) y aquellos en que Italia estaba obligada en virtud de los Acuerdos internacionales, en el art. 3°, parágrafo 2° de la Ley antes mencionada, habían querido hacer aplicables las secciones 2°, 3° y 4° del Título II° de la Convención de Bruselas de 1968², incluso fuera de su ámbito de aplicación *rationae personarum*³.

Para tal resultado, el legislador nacional alcanzaba, no mediante la reproducción integral de los criterios convencionales, sino más bien, a través de un reenvío a la disciplina pacticia.

A los fines de evitar eventuales cambios en el Acuerdo, que pudiese repercutir negativamente en la aplicación uniforme de los criterios de jurisdicción invocados, la Ley n°. 218/1995 también fue objeto del reenvío frente a cualquier modificación posterior en vigor en Italia, operando de esta manera a un reenvío "dinámico"⁴.

- 1 Reglamento (UE), n°. 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, in: *GU L* 351 del 20/12/2012, pp. 1-32.
- 2 Convenio de Bruselas de 1968 concerniente a la competencia judicial y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, in: *GUC* 27 del 26.01.1998, pp. 1-27, ratificada en Italia con L. 21 de Junio de 1971 n°. 804, in: *GU* n°. 254 del 8.10.1971.
- 3 Sobre el valor de tal referencia ver GAJA (1997). "Il rinvio alla convenzione di Bruxelles in tema di giurisdizione", in: SALERNO. (Org.). *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Actas de la conferencia organizada por la Universidad de Calabria, Crotone-Isola di Capo Rizzuto 30 al 31 mayo, Padua, p. 3; GIARDINA (1997). "Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processual", *ibid.*, p. 3; PICONE (1997a). "Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato", *ibid.*, p. 377.
- 4 En este sentido ver FRANZINA (2010a). "Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla legge di riforma del diritto internazionale private ai criteri di giurisdizione della Convenzione di Bruxelles", *Rev.dir. int.*, fasc. 3, p. 820.

La previsión del legislador del 1995, sin embargo, podría ser en parte frustrada por el cambio de ritmo de la Unión Europea, que, tras una primera fase caracterizada por la ratificación de los Acuerdos Internacionales relativos al reconocimiento y a la Ejecución entre los Estados miembros, de conformidad con el art. 293º del ahora T.C.E⁵, ha considerado necesario transfundir en un acto de derecho derivado la normativa de referencia, a los fines de la plena realización del objetivo de la libre circulación de las Resoluciones Judiciales, en materia civil y mercantil⁶.

A todo esto, se había llegado desde el 2001, hasta el resultado de la promulgación del Reglamento (CE) N. 44/2001 del Consejo, posteriormente derogado y sustituido por el más reciente Reglamento (UE) n° 1215/2012, cuya aplicación se fija a partir del próximo 10 de enero del 2015.

Debe, pues, tenerse en cuenta que la nueva legislación de derivación europea, que también prevé expresamente la superación de la Convención de Bruselas anterior, no está perfectamente superpuesta a esta última, desde el punto de vista de su campo de aplicación y no puede entenderse *sic et simpliciter*, su posterior modificación en el sentido estricto hecha a objeto del reenvío de conformidad con el art. 3º, párrafo 2º, L. 218/1995.

De ahí la necesidad de lograr, dentro de los límites de lo posible, claridad en las reglas efectivamente invocadas por las normas nacionales, que en presencia de un marco regulatorio, no siempre exhaustivo y no actualizado a la reglamentación internacional actual, vale la pena el esfuerzo de profundizar.

TEORÍAS SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL REENVÍO OPERADO POR EL ARTÍCULO 3º, PÁRRAFO 2º, L. 218/1991

Desde la adopción del art. 3º, párrafo 2º, L.218/1995, que extiende expresamente la jurisdicción italiana *‘de conformidad con los criterios establecidos en las secciones 2º, 3º y 4º del título II de la Convención’, celebrada en Bruselas del 68 ... “aún cuando el demandado no esté domiciliado en el territorio de un Estado contrayente, en el caso de uno de las materias incluidas en el ámbito de la Convención”*, ha despertado gran interés en la doctrina.

Algunos autores han argumentado, de hecho, que la citada disposición representaría la voluntad del legislador italiano de renunciar a los Reglamentos internos de la jurisdicción con respecto a un demandado no domiciliado en un Estado parte, extendiendo a estos últimos, la disciplina convencional⁷. En otras palabras, de acuerdo con la opinión recordada, el ordenamiento jurídico italiano, con el fin de operar una simplificación, habría, en efecto, ampliado el ámbito de aplicación de la Convención de Bruselas, creando, de esta manera, un sistema único de distribución de jurisdicciones, incluso con relación a sujetos que no tienen una conexión con los Estados parte.

5 El art. 293ºTCE (artículo 220º) ha sido definitivamente abrogado del Tratado de Lisboa.

6 El asunto está actualmente fusionado en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del artículo 81 TFUE (antiguo art. 65º TCE).

7 Aunque por diferentes razones apoyan esta teoría MARI (1996). “Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia”, *Foro it.*, Fasc. IV, p. 365ss.; BARIATTI (1996). “Commento all’art. 2º della legge 31 maggio 1995 n° 218, in Legge 31 maggio 1995 n° 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, in: BARIATTI, S (Coord.) (1996). *Le nuove leggi civili commentate*, p. 889ss.; CARBONE (2000). *Lo spazio giudiziario europeo: la Convenzione di Bruxelles (con la proposta di Regolamento comunitario) e la Convenzione di Lugano*, Turin.

Un enfoque diferente ha, sin embargo, intentado la formulación del art. 3º, párrafo 2º como "una norma positiva de jurisdicción"⁸ mediante el reenvío a un Acuerdo pre-existente⁹. De hecho, se ha puesto en evidencia cómo el término "existe jurisdicción", con la cual comienzan los párrafos 1º y 2º del art. L 218/95¹⁰, da cuenta de la expresa intención del legislador en tanto que dimitente respecto a la indicación de los criterios de competencia¹¹.

En cuanto al adverbio "también", utilizado en el párrafo segundo, según la doctrina mencionada, proporcionaría la prueba de que los criterios convencionales se consideran en las *mens legis* como alternativas respecto a las ya identificadas en el primer párrafo¹². Aunque tal consideración excluye, entonces, que el legislador nacional hubiese querido, mediante el llamado operado, también para el sujeto no domiciliado en un Estado contrayente, prescribir los criterios de jurisdicción exclusivamente *per relationem*.

Por lo tanto, aclarado entonces que la invocación de los criterios de jurisdicción convencionales tiene una función integradora y de completación de la reglamentación interna, ulteriormente se analiza la problemática de su clasificación exacta como reenvío formal o dirigida a un destinatario¹³.

Los autores a favor de la primera orientación¹⁴, además de señalar que, en general, la recepción material, opera a través de una reformulación de las normas heterónomas en la legislación interna, han también evidenciado como la extensión del reenvío a eventuales modificaciones posteriores de la Convención es incompatible con un instrumento de adaptación receptor que por definición tiene una naturaleza estática.

- 8 Ver STARACE (1999). "Il richiamo dei criteri di giurisdizione stabiliti dalla Convenzione giudiziaria di Bruxelles nella legge di riforma del Diritto internazionale privato", *Rev. der, int*, fasc. 1, p. 20.
- 9 Esta técnica se utiliza en la ley en otras cuatro disposiciones. Debe tenerse en cuenta, de hecho, que el art. 42º se refiere a la Convención de La Haya de 05.10.1968, art. 45º de la Haya 02.10.1973, art. 57 de la Convención de Roma de 19.6.1980 y artículo 59º a los Convenios de Ginebra de 07/06/1930 y 19/03/1931. Para un análisis exhaustivo de las diferentes técnicas utilizadas por el legislador nacional de los convenios internacionales para regular el presente caso, no entran en el ámbito de aplicación de la regla de pacto consultar PICONI (1997b). "La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge di riforma italiana", in: AA:VV (1997). "La riforma del diritto internazionale privato italiano", *Atas de la Conferencia organizada por Sidi*, Roma 11 a 12 abril di 1996, Nápoles, p. 86ss.
- 10 Ver. art. 3º co. 1º y 2º de la Ley de 31 de mayo 1995 n.º 218, "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", in: GU n.º 128 del 3.6.1995: "1) La jurisdicción italiana existe cuando el acusado está domicilio o tiene residencia en Italia o si tiene un representante que esté autorizado para estar en juicio de conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimiento Civil y en otros casos en los que 'exija la ley. 2) Existe la jurisdicción también en conformidad con los criterios establecidos en las secciones 2º, 3º y 4º del título IIº del Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y protocolo, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, hecho ejecutivo con la Ley de 21 de junio 1971 n.º 804, en su versión modificada vigente en Italia, aun cuando el demandado no estuviere domiciliado en un Estado contrayente, en el caso de uno de los temas incluidos en el ámbito de aplicación de la Convención. Respecto a otras materias la jurisdicción existe también de conformidad con los criterios establecidos por la jurisdicción territorial".
- 11 Ver STARACE (1999). *Op. cit.*, p. 12ss.
- 12 Con el fin de completar la función de las normas nacionales restringidas a criterios convencionales llamados ver SALERNO (1996). "Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma", *Riv. dir. int.*, p. 886 y GAJA (1997). *Op. cit.*, p. 27.
- 13 Sin entrar en la gran especulación científica sobre las diferencias entre los dos tipos de nombre heterónimo, es útil recordar aquí que, si el material de referencia fuera de la norma entra a formar parte permanentemente en el ordenamiento, haciéndose insensible a los acontecimientos que deberían caracterizar la vida de aquella original, en el caso de reenvío no recepticio, lo mismo permanece anclado al ordenamiento de proveniencia con consecuencias diametralmente opuestas.
- 14 Véase GAJA (1997). *Op. cit.*, p. 27.

A favor de la tesis del reenvío material, sin embargo, la han apoyado la mayoría de los estudiosos de la materia¹⁵, que han tratado de evidenciar cómo, con base al llamado establecido en el art. 3º párrafo 2º, el Legislador de 1995, ha nacionalizado los criterios de jurisdicción que figuran en las secciones 2º, 3º y 4º del Título IIº de la Convención, juntándolos con los ya identificados en el párrafo anterior¹⁶.

Esta operación, evidentemente destinada a ampliar el alcance de la jurisdicción italiana, ha creado, pero también, debido a la estratificación en la ley se produce después de la emisión de Bruselas I y Bruselas I *bis*, un sistema mixto y en cualquier caso sensiblemente diferente para los distintos supuestos de sujetos domiciliados y no en los Estados parte.

Se ve claro, entonces, cuando se afirma que la técnica legislativa particular utilizada por el legislador de 1995, no permite una subsunción exacta en la *fattispecie* así configurada ni en el *genus* del reenvío receptor ni en el reenvío formal. Si, por un lado, de hecho, parece evidente una opción para que el sistema interno sea permeable a las normas internas de la Convención, por el otro lado, la falta de transcripción de las mismas en las normas comunes y la ampliación de la llamada a cualquier modificación posterior parecería guiar el trabajo del intérprete hacia la técnica del reenvío no recepticio.

Este *impasse* nunca ha sido superado como es bastante obvio, incluso en un análisis superficial de los campos doctrinales sobre este punto, cada uno de los cuales, apoyándose en ciertos aspectos, más que en otros, lograron elaborar una tesis convincente y bien argumentada.

En tal condición parece ser muy interesante la visión de aquellos que, reconociendo las dificultades relacionadas con la admisión de cualquiera de las soluciones, han puesto en evidencia que el verdadero problema de la interpretación de la disposición en cuestión radica en el valor que debe darse al “dinamismo” ciertamente presente como se desprende de su redacción¹⁷.

El autor destaca cómo sus predecesores al pronunciarse sobre la *vexata questio* en ningún caso, pudieron encontrar en el art. 3º, párrafo 2º, los caracteres rigurosos y exclusivos de uno u otra tipología de reenvío. Tanto es así que la mayor parte del reenvío receptor había tratado de mitigar el rigor a través de una interpretación orientada a tener en cuenta la voluntad uniformadora del legislador. Del mismo modo, los autores a favor del reenvío móvil, habían proporcionado una caracterización “incompleta”, denotando como, la alineación de las normas comunes sobre aquellas convencionales, es sólo parcial en cuanto a los criterios de jurisdicción convencionales, se agregan a aquellos establecidos en el apartado 1º.

15 LUZZATO (1996). “Commento all’art. 3 della Legge 31 maggio 1995 n° 218”, in: POCAR, TREVES, CARBONE, GIARDINA, LUZZATI, MOSCONI & CLERICI (1996). *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, p. 28; BALLARINO (1996). *Diritto internazionale privato*, Padua, p. 109; BOSCHIERO (1996). *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Turin, p. 106; PICONE (1997c). “Le convenzioni internazionali nella Legge italiana di riforma del diritto internazionale privato”, in: SALERNO (Coord.), (1996). *Op. cit.*, p. 377ss.; POCAR (1997). *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milán, p. 16; Id: (1997). “Incidenza delle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale sul nuovo diritto internazionale privato italiano”, in: AA.VV (1997). *Op. cit.*, p. 244ss; STARACE (1999) *Op. cit.*; PICONE (2004). “*Diritto internazionale privato e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*”, in: PICONE (Ed) (2004). *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, p. 524; POCAR (2011). “Sulla riforma dell’art. 3 comma 2 della Legge n° 218/1995”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 631.

16 Sobre el punto se observa que algunos autores hablan de “transformación en derecho común” de las normas convencionales. Ver MOSCÓN (1997). *Diritto internazionale privato e processuale – Parte generale e contratti*, Turin, p. 26.

17 FRANZINA (2010a). *Op. cit.*

EL DINAMISMO DEL ART. 3º, PÁRRAFO 2º, L. 218/1995 EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA

La cuestión relativa a la identificación del reenvío fijo o móvil, generada en el art. 3º, párrafo 2º, L. 218/95, lejos de asumir los tonos de una mera especulación doctrinal, ya fue objeto de una decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia del Reglamento Bruselas I.

El caso, que se remonta a 2006, se refería a la acción interpuesta ante el Tribunal de Nápoles, por una empresa italiana contra otra empresa del Principado de Mónaco, con el fin de obtener una condena para el pago del precio de la consignación de bienes móviles, ya efectuada en las instalaciones con sede en Monte Carlo.

Tomando nota de que el comprador había opuesto la falta de jurisdicción del juez italiano, la demandante proponía el Reglamento preventivo de jurisdicción.

De manera preliminar, la Corte observó correctamente las diferentes normas planteadas por la Convención de Bruselas del 68 y del Reglamento CE 44/2001 posterior. De hecho, el art. 5º, párrafo 1º de la primera, en el ámbito contractual atribuía la jurisdicción al Juez del lugar donde la obligación planteada en juicio, en cuestión, ha sido o va a ser realizada. El Reglamento Bruselas 1, sin embargo, profundamente innovador de la legislación anterior, sugería una integración del art. 5º, párrafo 1º, letras a) y b) sobre algunas normas específicas para la compraventa, anclando la jurisdicción al lugar donde los bienes fueron entregados o deberían haber sido entregados, según el contrato.

Dado que ninguna de las dos normas internacionales eran directamente aplicables al presente caso, destacaba la disciplina internacional privatista italiana y en particular, el art. 3º, párrafo L.218/95, que, como se ha mencionado varias veces, amplía la disciplina contenida en las Secciones 2º, 3º y 4º del Título IIº de la Convención de Bruselas y sucesivas modificaciones, al demandado no domiciliado en un Estado miembro.

La Corte, entonces, con exclusión del Reg. 44/2001 podría considerarse como una enmienda de la Convención en sentido estricto, aplicaba la disciplina preexistente y, utilizando el criterio del lugar del cumplimiento de la obligación establecida en juicio (pago de suma de dinero en el domicilio del acreedor), se pronunciaba a favor de la subsistencia de la jurisdicción italiana¹⁸.

La solución de la Corte Suprema¹⁹ fue posteriormente profundizada por esa parte de la doctrina que, compartiendo las conclusiones, fue capaz de explicar cómo el legislador de 1995 había precisado bien el objeto del reenvío, proponiendo sólo aceptar las siguientes modificaciones provenientes de la misma fuente normativa internacional²⁰.

18 Ver. Cas. civ. Sec. Ordenanza, 21/10/2009, nº. 22239. Para una crítica de la interpretación dada por la Corte Plena, ver FRANZINA (2010a). Op. cit., p. 817 ss; ID., (2010b): "An Italian View on the Living Dead Convention" in: *News and Views in Private International Law*, conflictolaws.net

19 El principio establecido en la ordenanza parece estar lo suficientemente motivado considerada también la particularmente complejidad de la cuestión jurídica afrontada y el debate doctrinal sobre ese punto. El Tribunal Supremo se limita a afirmar que la referencia contenida en la ley italiana no puede extenderse al siguiente reglamento ya que la Convención no ha sido reemplazada de forma permanente y continúa operando en relación con las operaciones con personas no domiciliadas en los Estados miembros de la UE o en los que no tienen reglamento aprobado.

20 Sobre este punto ver BIAGIONI (2011). *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE 44/2001*, Padua, p. 50ss.; POCAR (2011). "Sulla riforma dell'art. 3 co. 2 della Legge n. 218/1995", *Riv. dir. int. priv. Proc.*, p. 631. CONETTI (2013). *Manuale di diritto internazionale privato*, Turin, p. 21.

Esta elección encontraba una *ratio* precisa al excluir que, en un ámbito tan sensible, podría haber cambios considerables no sujetos al control parlamentario y a las debidas garantías. Sólo en este contexto, asumiría un significado importante la expresión utilizada por el art. 3º, párrafo 2º que, lejos de ser redundante, afirma que son objeto del reenvío, las modificaciones posteriores de la Convención puestas “en vigor en Italia”.

En esta situación prevista por los redactores de la L. 218/95, entonces, de acuerdo con la orientación que se muestra, no podría ciertamente ser equiparado con el procedimiento de adopción de un Reglamento posterior del Consejo en el que, aunque el gobierno italiano es parte del proceso de toma de decisiones, el Parlamento Nacional no tiene ninguna injerencia²¹.

COMENTARIOS FINALES

Todas las dificultades exegéticas y los problemas de coordinación importantes, encontrados en el resultado de la adopción del Reglamento Bruselas I en la aplicación del reenvío operado por la legislación internacional privatista italiana, a la Convención de Bruselas del 68 y sus modificaciones posteriores, no fueron superadas por la reciente promulgación del posterior Reglamento (UE) n.º 1215/2012, que deroga y sustituye el anterior.

Probablemente, muy consciente de la complejidad del sistema que debía, sin embargo, aportar una simplificación en el ámbito de la cooperación judicial, la Comisión, en su propuesta de modificación del Reg. n.º 44/2001, había optado por la extensión automática de las normas sobre la jurisdicción en ella contenidas también a los demandados no domiciliados en un Estado miembro²².

En el texto final, sin embargo, en el artículo 6º, se ha regresado a una formulación similar a la contenida en la Reglamento anterior 44/2001, en virtud de la cual al demandado no domiciliado en un Estado miembro, se aplicarán las normas nacionales sobre la jurisdicción.

Ante el fracaso de la ocasión, también proporcionada al legislador europeo para dictar normas sobre el reparto de la jurisdicción civil uniforme, no puede dejar de tenerse en cuenta que, según la interpretación dada por Casación, el sistema interno debe considerarse muy fragmentado, requiriéndose diferentes soluciones al intérprete para aquellos que tienen un domicilio en un Estado miembro y para aquellos que no presentan ningún vínculo con estas naciones.

Para los primeros que se encontrarán en esta situación, desde enero 10 de 2015, se encontrarán aplicaciones integrales a los criterios de jurisdicción establecidos por el Reglamento de la UE. 1215/12, mientras que para las acciones ya iniciadas en la misma fecha, se seguirá aplicando el Reglamento CE. 44/2001²³.

Con respecto a los demandados domiciliados en un Estado no europeo, los criterios generales de la jurisdicción nacional de conformidad con el art. 3º, párrafo 1º, se complementarán con los de la competencia territorial, sólo para los asuntos excluidos del ámbito de aplicación de la Convención y las de la Convención del 68 o las del Reglamento Bruselas I *bis*, en función de si se considera la de-

21 Contra FRANZINA (2010a). *Op. cit.*, p. 821.

22 Ver. art. 4º co. 2º de la propuesta de reglamento COM/2010/0748 que incluyó: Las personas que no estén domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de las normas establecidas en los puntos 2 a 8 del presente capítulo.

23 Tenga en cuenta que el reg. n.º 1215/2012 no es aplicable en Dinamarca, donde, según el acuerdo de 19 de Octubre de 2005 concluyó con la Decisión 2006/325/CE del Consejo (en *GUL* 120 de 5.5.2006, p. 22), seguirá teniendo la fuerza del Consejo reg. n.º 44/2001. Del mismo modo, según el artículo 68º, el reg. n.º 1215/2012 no entra en vigor en los territorios de los Estados miembros, excepto en aplicación del artículo 355 del TFUE.

manda, de conformidad con el art. 3º, párrafo 2º, como operando solamente con respecto a la primera o incluso con respecto al segundo.

En cualquier caso, es tentador argumentar que una solución al problema podría plantearse del artículo 68º, párrafo 2º de Reg. 1215-1212 el cual, al dictar las normas intemporales para la aplicación de la nueva normativa, establece que "en la medida en que el presente Reglamento sustituye, entre los Estados miembros, las disposiciones de la Convención de Bruselas de 1968, toda referencia a dicha Convención debe interpretarse como referencias al presente Reglamento". De acuerdo a dicha disposición, el efecto del reenvío establecido en el art. 3º, párrafo 2º, de hecho podría derivar de la legislación europea directamente aplicable en cada Estado miembro²⁴.

Ciertamente, sin embargo, no debería omitirse aquí que, a partir de un análisis más amplio del Reglamento, es clara la intención del legislador europeo de sustituir mediante derogación sólo las obligaciones recíprocas a las que están sujetos los Estados parte en la Convención anterior, dejándolos libres para regular, en todo caso, de reglamentar a través de normas comunes la jurisdicción respecto a un demandado no domiciliado²⁵. En consecuencia, deben excluirse que la sustitución automática de las referencias a la Convención del 68 contenida en la legislación nacional, como lo establecido por el Reglamento, también pueden operar con respecto a la materia objeto de la jurisdicción de la jurisdicción italiana del demandado no domiciliado que ciertamente va más allá del alcance de las regulaciones acordadas. En este sentido, el art. 68º del párrafo 2º, no explicaría el efecto de desaplicación de la norma común resultante de su aplicabilidad directa en el derecho interno.

Sin embargo, no se puede dejar de observar que el mismo Reglamento²⁶, si bien sólo en ciertos aspectos, tiende a superar los límites descritos anteriormente mediante la inserción de Reglas de la jurisdicción en las acciones contra el empleador no domiciliado en un Estado miembro²⁷.

Como resultado, la superposición no perfecta de los campos de aplicación de la Convención y del reglamento posterior, con el resultado de que el efecto de sustitución impuesto por el art. 68º, párrafo 2º, no puede ser relegado a la sola hipótesis de abrogación expresa de las normas acordadas.

Si cuanto lo afirmado es cierto, la norma intertemporal dictada por el poder legislativo supranacional, podría imponer al menos a los jueces de derecho común superar todas las recordadas dificultades exegéticas, optando por una interpretación que contemple que el art. 3º, párrafo 2º, hace referencias a la normativa europea en vigor entre los Estados miembros²⁸.

24 El único autor que ensombrece esta solución, pues no toma una posición sobre este punto es CASTELLANETA (2010). "Competenza giurisdizionale", in: BARATTA (Coord.) (2010). *Diritto internazionale privato*, Milán, p. 56.

25 Son sin duda una expresión de este principio, las siguientes normas contenidas en el Reglamento (UE), n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, citada: 13º considerando que dice "Debe haber un vínculo entre los procedimientos a los que se aplica el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros. Por lo tanto, cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro debe aplicar, en principio, las normas comunes en el ámbito de la jurisdicción" y el art. 6º co. 1 establece que "Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia de los tribunales de cada Estado miembro se regirá por la legislación de ese Estado, sin perjuicio del artículo 18º, párrafo 1º, del artículo 21º, párrafo 2º y artículos 24º y 25º".

26 Esta disciplina, en absoluto prevista por el Convenio de Bruselas del 68, ya fue en parte implementada por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo. La sección 5ª del antiguo reglamento (los artículos 18º al 21º), sin embargo, lejos de extender la jurisdicción de los Estados miembros para las demandas contra el empleador no domiciliados, se limitó a considerar como residente por parte de los empleadores que tuviesen una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro de la UE.

27 Ver art. 21º co. 2 Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo del 12 de diciembre 2012, *Op. cit.*

28 Sobre la interpretación conforme y las relativas obligaciones del tribunal nacional ver CAFARI PANICO (1999). "Per un'interpretazione conforme", *Der. pub. comp. eur.*, p. 383ss.; CELOTTO (2006). "Giudici nazionali e Carta di Nizza: disap-

Por otra parte, incluso si se considera, siguiendo la línea de la Corte Suprema de Italia, que el reenvío hecho por la Ley nº. 218/1995 a la Convención no opera con respecto a los sucesivos actos legislativos europeos, sin embargo, no podría descartarse que la cuestión debería ser objeto de valoración y juicio por el Tribunal de la Unión Europea.

En este punto, sin duda es de particular interés, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a su jurisdicción, de conformidad con el art. 267º del TFUE, sobre disposiciones de la legislación europea en situaciones en las que, los hechos de los asuntos principales, se encuentran fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea, pero en la que éste es el objeto de un reenvío hecho por los legisladores nacionales²⁹.

En numerosos casos y sentencias, de hecho, la Corte ha tenido la oportunidad de argumentar que cuando las normas internas objeto de reenvío, tienen la intención de adecuarse con las mismas soluciones como las adoptadas en una situación puramente interna, a las adoptadas en la legislación europea, también con el fin de garantizar un procedimiento único en situaciones análogas, hay un interés definido en la Unión, para evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del derecho supranacional deben interpretarse de manera uniforme, independientemente de las circunstancias en que se aplican.

Tanto parece claro que al menos una Reforma del art. 3º, párrafo 2º, es más que deseable. Sin excepción a este escritor, muchos autores han advertido sobre las intenciones de reformas que, si no están bien calibradas, podrían crear otros tantos problemas de interpretación, no siempre predecibles³⁰.

Sin embargo, mantener sin cambios, el texto de una disposición que ya no es capaz, incluso en vista de la proliferación de actos internacionales, de desempeñar el papel para el que fue concebido, implica efectos de fragmentación no siempre compuestos a través de la valiosa labor interpretativa realizada por los operadores del derecho.

plicazione o interpretazione conforme", *Giust. amm.*, p. 329ss.; RUVOLLO (2006). "Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive", *Europa y der. priv.*, 2006, p. 1407ss.; CARBONE (2007). "Corte Costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario", *Der. un. eur.*, p. 707ss.; CONTI (2007). "L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice" *Europa y dir. priv.*, p. 479ss.; PACE (2007). "La sentenza Granital, ventitré anni dopo", *Estudios de int. eur.*, p. 451ss.; GUIDI (2008). "Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore", *Estudios de int. eur.*, p. 409ss.; PICCONE (2008). "Effetti Diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario", *Riv. dir. Sicur. soc.*, p. 157ss.; LUMINOSO (2009). "Fonti comunitarie, fonti internazionali e regole interpretazione", *Contr. Empresa eur.*, p. 659ss.; SCALISI (2009). "Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo", *Riv. dir. civ.*, p. 413ss.; DI SERI (2010). "Le conseguenze dell'inesatta trasposizione delle direttive "attuative" di principi generali del diritto comunitario", *Rass. avv. estado*, p. 25ss.; TROCKER (2010). "Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia", *Europa y der. priv.*, p. 361ss.; DANIELE (2011). "Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale", *Der. un. eur.*, p. 683ss.; IADICCHIO (2011). "Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale", *Rev. en. der. publ. com.*, p. 393ss.

29 Ver Corte giust. 18 de octubre 1990, asuntos acumulados C-297/88 y C-97/89 Dzodzi, Rec. p. I-3763, apartado 37; 28 de marzo 1995, asunto C 346/93, Kleinwort Benson, Rec. p. I-615, apartado 16, 17 de julio 1997 en el asunto C-28/95, Leur-Bloem, Rec. p. I-4161, apartado 32; 11 de enero 2001 en el asunto C-1/99 Kofisa Italia, Rec. p. I-207, apartado 32; 29 de abril 2004 en el asunto C-222/01, British American Tobacco, Rec. p. I-4683, apartado 40; 16 de marzo 2006, asunto C-3/04, Poseidon Chartering, Rec. G. I-2505, apartado 16; 11 de diciembre 2007, asunto C-280/06, ETI y a., Rec. p. I-10893, apartado 25; 21 de diciembre 2011, asunto C-482/10, Cicada, párrafo 17, in: doctrina CARBONE (2007). Op. cit.

30 Ver MARTELLO (2011). "Considerazioni introduttive". *Rev. Der. int. priv. proc.*, p. 628.

Si, entonces, parece, fuera de toda duda, que la intención del Legislador en 1995 fue la creación de un sistema de reparto de la jurisdicción similar a la de la Convencional, sin renunciar a ampliar la jurisdicción de los Tribunales Nacionales sobre la base de criterios generales dictados por el párrafo 1º del art. 3º, parece que la opción preferible debe ser en el sentido de una modificación legislativa que sustituya la referencia a la Convención del 68 de cara a nacionalizar el sistema de normas procedentes de la nueva Bruselas 1 *bis*.



La anticipación de los efectos constitutivos de la Sentencia antes de la cosa juzgada

Anticipation of the Constitutive Effects of the Sentence in the Light of Jeopardy

Alessandro TRINCHI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El factor tiempo representa un elemento fisiológico, indispensable y patológico del desarrollo y la duración del proceso. Existen procedimientos relativamente breves, procesos en los que se requiere conocimientos más profundos y procedimientos en los que se prevé la aparición de ciertos efectos. Una sentencia, aún sujeta a impugnación y, por lo tanto, aún no siendo definitiva, es capaz de producir efectos: una eficacia de forma inmediata. Por lo tanto, la modificación jurídica que es típica de las sentencias constitutivas pueden producir efectos temporales: calificaciones de los efectos del llamado "tiempo anticipado". En apoyo de esto se evidencia la relación entre la anticipación del efecto constitutivo y la anticipación de la satisfacción de las obligaciones consecuentes que se deriven: el "tiempo anticipado" se refiere también a la satisfacción del reclamo. Entran en esta categoría todas aquellas medidas emitidas en Cámara de consejo que producen el efecto constitutivo inmediato: decisiones judiciales que no son susceptibles de asumir autoridad de cosa juzgada, pero todavía capaces de producir efectos jurídicos innovadores en el plano sustancial. Necesariamente, se pide, frente a una jurisprudencia de mérito y legitimidad, una intervención que clarificatoria por parte del legislador. Es deseable, por lo tanto, una reforma que introduzca una serie de soluciones con el fin de resolver el viejo problema de la lentitud ("largo plazo") del proceso.

Palabras clave: Tiempo, anticipado, derecho, sentencia, legislador.

Abstract

The time factor represents a physiological, indispensable and pathological element of development and the duration of process. Relatively brief procedures exist, processes in which deeper knowledge and procedures are required, in which the appearance of certain effects is foreseen. A sentence, although subject to contestation and, therefore, not yet definitive, is able to produce effects: an efficacy of an immediate nature. Therefore, the legal modification that is typical of constitutive sentences can produce temporal effects: qualifications of the effects of the so-called "anticipated time." Support for this is shown in the relation between anticipation of the constitutive effect and anticipation of the satisfaction of the consequent obligations they produce: "anticipated time" refers also to satisfaction of the claim. All those measures emitted in the council chamber that produce the immediate constitutive effect enter in this category: judicial decisions that are not susceptible to assuming the authority of jeopardy, but that are still able to produce innovative legal effects on the substantial plane. Necessarily, facing a jurisprudence of merit and legitimacy, an aclaratory intervention by the legislator is requested. Therefore, a reform that introduces a series of solutions that aim to resolve the old problem of the slowness ("long term nature") of the process is desirable.

Keywords: Time, anticipated, law, sentence, legislation.

EL PROCESO, COMO LO INDICA EL SIGNIFICADO MISMO DE LA PALABRA, ES ALGO QUE SUCEDE Y SE DESARROLLA EN EL TIEMPO¹

Al no ser inmediata la tutela jurisdiccional, el factor tiempo se inserta en el proceso como un elemento fisiológico inherente a la necesidad de su funcionamiento y de su duración, y asume gran importancia también para identificar el momento en que se van a producir sus efectos.

Consciente de que el legislador fija su conducta y modula los efectos en función del tiempo, se regulan, por ejemplo, los procedimientos simplificados y temporalmente breves en los que se trata de proteger determinadas situaciones jurídicas para las cuales la exigencia de la tutela jurídica, en el menor tiempo posible es más acentuada con respecto a aquella de un conocimiento más profundo. La cual, inevitablemente, requiere un mayor tiempo, para anticipar la concurrencia de ciertos efectos, aunque sea temporalmente, a un momento anterior a aquél en el que se deberían producir o, incluso, los hace retroceder en el tiempo.

El tiempo, sin embargo, puede transformarse de elemento fisiológico a elemento patológico de nuestro proceso civil, lesionando la posición del sujeto que exige la tutela y, al mismo tiempo, favoreciendo la posición del sujeto que impugna el proceso.

Un aspecto muy importante del este asunto con relación al proceso y el tiempo, lo constituye la *vexata questio*, si es posible anticipar los efectos constitutivos de la sentencia antes de pasar a cosa juzgada.

Las disposiciones ambiguas del art. 282º del c.p.c., siguen planteando el problema, de si la ejecutoriedad provisional es de carácter propio y exclusivo de las sentencias con contenido condenatorio o puede caracterizar también a las sentencias constitutivas².

Si profundizamos en quiénes se han ocupado *funditus* de la problemática³, hay que decir, en pocas palabras, que las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia oscilan entre: a) quienes consideren provisoriamente ejecutivas las solas sentencias de condena, negando tal cualidad tanto a las sentencias merodeclarativas, como aquellas constitutivas, sea a los dispositivos accesorios en ellas conte-

1 Así CARNELUTTI, F (1951). *Struttura del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, p. 279.

2 El obstáculo que se ha interpuesto siempre a la extensión del art. 282º c.p.c. a la sentencia diversa de contenido condenatorio, ha sido reconocido en la correlación entre ejecutividad provisoria y ejecución forzada, en el sentido que serían provisoriamente ejecutivas solo aquellas decisiones susceptibles de ejecución forzada. Para una crítica, ver IMPAGNATIELLO, G (2010). *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, p. 333 ss; ID.: "Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, p. 752 ss., spec. 778 ss; ID.: "La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, p. 48 ss.; ID.: "Ancora sui limiti oggettivi dell'esecuzione provvisoria", *Foro it.*, 2012, I, p. 189 ss; ZUCCONI GALLI FONSECA, E (2010). "Attualità del titolo esecutivo", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, p. 80 ss; FABIANI, M (2007). "Provvisoria esecutorietà dei capi condannatori nelle sentenze revocatorie e interferenza con la riforma fallimentare", *Corriere Giur.*, p. 180 ss; MARELLI, F (2008). "L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?", *Riv. Dir. Proc.*, p. 1109 ss; ID.: "Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provvisoriamente esecutiva", *Riv. Dir. Proc.*, p. 181 ss; CONTE, R (2008). "Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori, un condivisibile passo avanti della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)", *Giur. it.*, p. 950 ss.; FERRI, C (2007). "Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata da eventi successivi alla sua pronuncia", *Riv. Dir. Proc.*, p. 1398 ss; PILLONI, M (2012). "Revocatoria fallimentare e provvisoria esecutività dei capi condannatori", *Corriere Giur.*, p. 71 ss; IUORIO, MA (2010). "La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla Suprema Corte", *Riv. esec. Forzata*, p. 289 ss; TAVORMINA, V (s/f). "Titolo esecutivo giudiziale e stragiudiziale. L'efficacia del titolo esecutivo e l'ammissibilità della sua sospensione", in: *www.judicium.it*.

3 Véase IMPAGNATIELLO, G (2005). *Op. cit.*, 752 ss; IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 308 ss. Sobre la tutela constitutiva, en particular véase PROTO PISANI, A (1991). "Appunti sulla c.d. tutela costitutiva", *Riv. Dir. Proc.*, p. 60 ss.

nidas⁴; b) quienes admiten la ejecución de la condena accesoria también negando la ejecución de las sentencias declarativas y constitutivas⁵; c) quienes consideran provisoriamente ejecutivas las sentencias constitutivas⁶; y, d) quienes, finalmente, consideran inaplicable el art. 282º c.p.c. a las sentencias constitutivas y declarativas, en consideración de los efectos que producen tales decisiones⁷.

No menos incierta resulta ser la jurisprudencia, tanto de legitimidad, como de mérito⁸, ya que después de la apertura hacia el reconocimiento de la ejecución provisoria de las sentencias constitutivas de la Casación del 03 de septiembre de 2007, n.º 18512⁹, la Sala plena de la Corte de Casación, con sentencia del 22 de febrero de 2010, n.º 4059, ha considerado provisionalmente ejecutable sólo las sentencias condenatorias accesorias, meramente dependientes del pronunciamiento constitutivo¹⁰.

El Tribunal declaró, en particular, que el efecto del traslado de la propiedad del bien como resultado de la aceptación de la solicitud de ejecución, de forma específica de la obligación de celebrar un contrato, sólo se produce en el momento del pasaje de la sentencia a cosa juzgada. Sin embargo, es posible anticipar la ejecución provisional de las sentencias condenatorias, contenidas en la sentencia, valorando cada vez, el tipo de relación entre el efecto condenatorio de anticipar y el efecto constitutivo producido sólo con la sentencia. Son, por lo tanto, provisionalmente ejecutivas las sentencias condenatorias puramente dependientes del efecto constitutivo y compatibles con la producción del efecto constitutivo, en un momento posterior, a diferencia de las sentencias condenatorias vinculadas a un nexo sinalagmático con el dispositivo de sentencia constitutivo poniéndose como parte, a veces correlativa de la nueva relación, objeto de la demanda constitutiva.

4 Así, TARZIA, G (2002). *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2a ed., Milano, p. 252; MONTELEONE, G (2000). "Esecuzione Provisoria", *Digesto Civ.*, Agg. Torino, p. 367.

5 Véase MONTESANO, L & ARIETA, G (2001). *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, p. 1606; LUISO, FP (2000). *Diritto processuale civile*, II, Milano, p. 197 ss.; CONSOLO, C (2000). "Una non condivisibile conseguenza (la non esecutorietà del capo sulle spese) di una premessa fondata (la non esecutorietà delle statuizioni di accertamento)", *Corriere Giur.*, p. 1601.

6 En tal sentido, CARPI, F (1995). "Esecutorietà (dir. proc. civ.)", in: *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Agg. Roma, p. 4; ID., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 59ss.; MANDRIOLI, C (2004). *Diritto processuale civile*, II, Torino, p. 309 ss.; VERDE, G (2000). *Profili del processo civile*, II, Napoli, p. 241ss.

7 Así S. CHIARLONI, S (1992), in: TARZIA, G & CIPRIANI, F (1992). *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, p. 15 ss.

8 Véase App. Salerno 20 giugno 2011, Trib. Napoli 4 maggio 2011, Trib. Cuneo 21 dicembre 2010, in: *Corriere Giur.*, 2012, p. 2ss; App. Torino 22 maggio 2006, in: *Corriere Giur.*, 2007, p. 179 ss; App. Bari 19 giugno 2003, App. Bari 16 maggio 2003 y Trib. Catania 10 luglio 2003, in: *Foro it.*, 2004, I, 1913.

9 En aquella ocasión la Corte Suprema valorando el contenido innovador del art. 282º cpc. y reconociendo la inmediata ejecutividad de todas las sentencias de condena, salvo que se fundamenten en motivos en contra, o la ley disponga otra cosa, había negado el fundamento a la tesis tradicional según la cual las sentencias constitutivas no tienen efecto hasta que pasen a la decisión final y había considerado inmediatamente ejecutiva la sentencia de primera instancia que recibe una solicitud del art. 2932º del c.c. en cumplimiento de un contrato preliminar de compra-venta no ejecutado, propuesto por el promitente vendedor, limitado al dispositivo de condena del posible comprador a pagar el precio de compra. Para mayor profundización, véase MARELLI, F (2008). *Op. cit.*, p. 1100 ss; CONTE, R (2008). *Op. cit.*, p. 949 ss; GUIZZI, E (2008). "Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932º c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile", *Corriere Giur.*, p. 350 ss. In precedenza, Cass. 26 gennaio 2005, n.º 1619, con respecto a la sentencia constitutiva de una servidumbre Cass. 10 noviembre 2004, n.º 21367 y Cass. 3 agosto 2005 n.º 16262, en relación a la condena para el pago de los gastos del litigio. Siempre en referencia al dispositivo de condena a los gastos. Véase Corte cost. 16 luglio 2004, n.º 232, in: *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 579 ss., con nota di DE VITA, F (2005). "Provisoria esecutività della sentenza, capi accessori, condanna alle spese: la Consulta interviene", nonché CAPPONI, B (2005). "Autonoma esecutorietà dei capi condannatori non di merito", *Riv. esec. Forzata*, p. 757 ss.

10 Recientemente véase Casación 29, julio del 2011, n.º 16737.

Mejor visto, los principios enunciados por la Sala Plena no se aplican, por la misma admisión de los juicios de legitimidad, en general al “tipo de sentencia constitutiva” sino sólo a la sentencia *del* art. 2932º c.c., de modo que el problema relativo a la ejecución provisoria de las decisiones constitutivas, está lejos de ser resuelto.

LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

Como se sabe, produce sus efectos, principalmente, sino exclusivamente, en la realidad jurídica, determinando una modificación jurídica y puede agotar su función con la sola modificación jurídica sin que se consigan efectos en la realidad material¹¹.

Se puede discutir, sin embargo, la ejecución provisoria de la sentencia constitutiva, bajo dos puntos de vista diferentes que se interrelacionan.

Un primer aspecto, se refiere únicamente a la modificación jurídica típica de la sentencia constitutiva y discutir la ejecución provisional (o mejor aplicabilidad) equivale a preguntarse cuándo la situación creada, modificada o extinguida por la sentencia constitutiva, pueda producir sus efectos, o incluso mejor, equivale a preguntarse si la nueva situación pueda producirse provisoriamente (siempre y sólo en la realidad jurídica) antes que la decisión relativa llegue a ser irrefutable¹².

La aplicación de los artículos 2908º y 2909º c.c. en concordancia con el art. 324º del c.p.c., por un lado, sugiere que la decisión contenida en la sentencia constitutiva será definitiva e incontestable con su pasaje a cosa juzgada, por otra parte, no precisa, ni excluye, que de la decisión derivada de los efectos provisorios, den lugar a la pregunta de si la aparición de efectos con carácter provisorios, son entonces compatibles, con la ocurrencia de los efectos que se originan con la sentencia constitutiva, con eficacia *ex nunc*.

Negar *a priori* la posibilidad de que los efectos de la sentencia constitutiva podrían producirse con antelación “estremece los fundamentos del principio de efectividad de la tutela jurisdiccional, especialmente cuando se refiere a la razonabilidad del tiempo necesario para su cumplimiento”¹³.

Esto se debe a que la sentencia de condena de cuya ejecutividad, no se duda en vista de lo dispuesto en el art. 282º del c.p.c. y la correlación que se hace entre la condena y la ejecución forzada, goza de una “situación feliz” que puede producir efectos inmediatos (ejecutivos) en el mundo real. La sentencia constitutiva, y viceversa, mientras que contiene comandos y órdenes, además de aplicar sanciones, tendrá que esperar diversos tiempos antes de poder operar en el terreno sustancial por el mero hecho de ser calificada como constitutiva¹⁴.

11 Según PAGNI, I (2007). “Sentenza costitutiva”, in: *Il Diritto, Enc. giur. del Sole 24 ore*, Bergamo, p. 283 ss., en la sentencia constitutiva el juez no se limita a determinar la existencia o inexistencia de los derechos en caso de su violación o simple contestación y, eventualmente, a condenar la actuación de las obligaciones generadas de la violación, sino que interviene directamente en la relación jurídica privada, innovando la realidad sustancial. Observa TAVORMINA, V (s/f). *Op. cit.*, § 2, como las sentencias constitutivas no necesitan de actuación alguna porque aquello que deben hacer (constituir, modificar y extinguir relaciones jurídicas) lo hacen con su emanación.

12 Observa CARPI, F (1979). *Op. cit.*, 59 ss., como la noción de ejecutoriedad que estaba en la base de la ejecutoriedad provisoria que podía ser reconocida en la sentencia de primer grado de la reforma del art. 282º c.p.c., no coincide con la idoneidad de la decisión de constituir la ejecución forzada, pero se resuelve en una anticipación de cualquier efecto de la sentencia. De lo que se puede inferir que también la sentencia constitutiva puede ser susceptible de ejecutoriedad provisoria al igual que cualquier otro tipo de sentencia.

13 La expresión es de FERRI, C (2007). *Op. cit.*, p. 1399.

14 *Ibidem*.

Desde el punto de vista sistemático, debe ser reconocido, incluso en ausencia de una normativa y en línea con lo que ya fue considerado por la doctrina que se ha ocupado en profundidad del problema¹⁵, ya que hay una relación entre el efecto del juicio y el efecto constitutivo de la sentencia.

La cosa juzgada, de hecho, hace simplemente incontrovertible la existencia o inexistencia de la situación jurídica declarada en el pronunciamiento. El efecto constitutivo, por el contrario, simplemente produce una modificación en el plano del derecho sustancial.

El efecto modificativo-innovador de la realidad jurídica que sigue a la decisión puede estar condicionado a la cosa juzgada sólo en el caso, en que la modificación jurídica no se aplique directamente a la sentencia en cuanto acto normativo que contiene las declaraciones de sus propios efectos, pero se vincula con una norma a la integración de un *fattispecie* del que es el elemento constitutivo de la sentencia pasada en cosa juzgada¹⁶.

Al lado de esta última hipótesis, la producción de la modificación jurídica se produce independientemente del hecho que venga declarando incontrovertiblemente el poder de la modificación jurídica. El juez, entonces, simplemente debe verificar o comprobar la subsistencia de las condiciones que legitiman la modificación jurídica al hacer un reconocimiento de la existencia de los presupuestos. Ninguna regla, sin embargo, requiere que para que la evaluación, para ser eficaz, deba volver a vincularse también a la aparición del efecto de la cosa juzgada sustancial¹⁷.

Que la ocurrencia de la modificación jurídica esté desvinculada de la formación de la cosa juzgada, se obtiene indirectamente también de algunas decisiones recientes de la Corte de Casación en la cual, sin tratar directamente de la problemática relativa a la anticipación de los efectos constitutivos de la sentencia, los jueces han indicado que la sentencia puede producir efectos que no sean meramente ejecutivos, incluso antes de su pasaje a cosa juzgada¹⁸.

La Corte¹⁹, de hecho, por un lado, legitimando a la parte para reanudar el juicio suspendido de conformidad con el art. 295° c.p.c., antes del pasaje a la cosa juzgada, en el caso de la sentencia relativa a la causa prejudicial, y por otra parte, declarando que cuando la primera sentencia haya sido definido en primera instancia, sólo queda la posibilidad de suspender el segundo, eventualmente de conformidad con el art. 337° 2° párrafo, c.p.c., ha considerado, por razones más o menos comunes²⁰ que la sentencia aún sujeta a impugnación y, por lo tanto, no definitiva, está dotada de una eficacia, que va más allá del proceso en la cual la misma ha sido pronunciada.

15 Ver: PAVANINI, G (1968). "Accertamento giudiziale", in: *Novissimo Digesto it.*, I, Torino, p. 123 ss; LIEBMAN, ET (1962). *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist., Milano, p. 14. Recientemente, CHIZZINI, A (1994). *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Milano, p. 82.

16 Observa MOTTO, A (2012). *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, p. 286, como la declaración de existencia de los presupuestos condicionando, las modificaciones va calificada como acto jurídico constitutivo del efecto jurídico sustancial.

17 *Ibid.*, para profundizar, véase siempre p. 287.

18 Sobre la problemática, me permito referir a TRINCHI, A (2014). "Sugli effetti delle decisioni non ancora passate in giudicato", *Riv. Dir. Proc.*, p. 702ss.

19 Ver: Cass. 19 giugno 2012, n° 10027; Cass., sez. un., 30 novembre 2012, n° 21348; Cass. 9 gennaio 2013, n° 375; Cass. 24 maggio 2013, n° 13035; Cass. 20 novembre 2013, n° 26104; Cass. 18 novembre 2013, n° 25890; Cass. 13 novembre 2013, n° 25536; Cass. 19 settembre 2013, n° 21505.

20 Refiérase a la crítica de la decisión, sobre todo en términos motivacionales, MENCHINI, S (2013). "Le Sezioni unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince", *Riv. Dir. Proc.*, p. 689 ss. Véase también CONSOLO, C (2012). "Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento", *Corriere Giur.*, p. 1144.

Los jueces de legitimidad, en particular, inspirándose al menos, en líneas generales a la conocida enseñanza de Liebman²¹, han afirmado que la sentencia tiene una eficacia inmediata, independientemente de su pasaje a cosa juzgada. Esto se debe a que el derecho pronunciado por el juez de primera instancia, califica la posición de las partes en una forma diferente de aquella en la que se encuentran antes del comienzo del litigio y justifica tanto la ejecución provisional prevista en el art. 282° del c.p.c., cuando se trata de adaptar la realidad material al *decisum*, así como la autoridad de la sentencia de primer grado en el ámbito del litigio sobre la causa prejudicial y el litigio sobre la causa pre-juzgada²².

Si esto es cierto, entonces, algunos de los efectos de la sentencia y, en particular, aquellos de la evaluación constitutiva son producidos antes y con independencia de la cosa juzgada y, por lo tanto, "deben ser concebidos y subsisten de hecho independientemente de su mayor o menor definibilidad" teniendo en cuenta que "el efecto de la evaluación o constitutivo que la sentencia puede producir, es una cosa muy diferente de la posibilidad de que sea mayor o menor que dicho efecto, una vez producido, puede ser rebatido". En este sentido hay que distinguir, por lo tanto, la eficacia jurídica de la sentencia y la autoridad de cosa juzgada, lo cual no es un efecto de la sentencia sino sólo una forma de manifestarse o producirse los efectos de la sentencia misma²³.

La ocurrencia, en general, de los efectos de la decisión prescinde, de hecho, de la mayor o menor estabilidad de la decisión y no de la misma naturaleza, siendo la no impugnabilidad, un efecto de la evaluación contenida en la sentencia que consiste en hacer definitivamente no impugnable lo declarado por el juez en la decisión²⁴.

Cuando se argumenta sobre las conclusiones alcanzadas, recientemente por los jueces de la legitimidad, no hay ninguna razón por la que los efectos de la modificación jurídica típica de la sentencia constitutiva, puedan ocurrir provisoriamente y anticipadamente antes del pasaje a cosa juzgada de la relativa decisión.

21 Ver LIEBMAN, ET (1962). *Op. cit.*, p. 25 y ss. Según el autor, de hecho, los efectos de la sentencia y, en particular, aquellos merodeclarativos o constitutivos, se producen antes y a prescindir del pasaje a cosa juzgada de la decisión y, por lo tanto, "deben concebirse y subsisten de hecho independientemente de su mayor o menor definibilidad" teniendo en cuenta que "el efecto de la incorporación constitutiva que la sentencia puede producir es una cosa muy diferente de la posibilidad de que sea mayor o menor, una vez producido, puede ser cuestionada". En este sentido hay que distinguir, por lo tanto, la eficacia jurídica de la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada, lo cual no es un efecto de la sentencia, sino sólo una manera de manifestarse o de producirse de los efectos de la sentencia misma. La posición de Liebman también es compartida por otros estudiosos tales como ANDRIOLI, V (1956). *Commentario al codice di procedura civile*, II, Napoli, p. 418ss.; PROTO PISANI, A (1978). *L'opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, p. 62; PUNZI, C (2010). *Il Processo civile. Sistema e Problematiche*, 2a ed., II, Torino, p. 394ss. Para una síntesis crítica del pensamiento de Liebman, véase MENCHINI, S (2013). *Op. cit.*, p. 695ss.

22 Tal interpretación deriva, según los jueces de la lectura constitucionalmente orientada y respetuosa del principio de la duración razonable del proceso y de la economía procesal de las normas sobre la suspensión del proceso. En particular, la disposición contenida en el art. 282° del c.p.c., según la cual la sentencia en primer grado es provisoriamente ejecutiva, unida a la reducción de la *nova* deducible en el juicio de impugnación, por supuesto, significa que el orden está satisfecho con la economía de la actividad preparatoria y prefiere la expectativa del juzgado la posibilidad que el proceso sobre la causa dependiente reanude poniendo en su fundamento la decisión aún no definitiva sobre la causa prejudicial. Esta última decisión, de hecho, aunque todavía sujeta a impugnación, se asume que está conforme a derecho siendo el resultado de una evaluación del juez en la disputa de las partes. Anteriormente, en la doctrina, ya FERRI, C (2007). *Op. cit.*, p. 1400 había puesto en evidencia que se debe replantear el concepto de eficacia y aquel de ejecutoriedad de manera que sugiera que, en ausencia de norma específica cualquier sentencia constitutiva no necesita del juzgado para producir ciertos efectos, excepto obviamente los del juzgado en relación con los vínculos derivados de la inmutabilidad.

23 Ver LIEBMAN, ET (1962). *Op. cit.*, p. 25ss.

24 Ver en tal sentido también IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 237ss.

Al examinar más de cerca, sin embargo, éste no es el lugar para ocuparse de eso²⁵, la línea de argumentación de la Casación parece estar viciada, ya que se pretende derivar de las conclusiones de su razonamiento, una premisa de la misma y esto es, que la sentencia sea idónea para producir efectos declarativos, siempre fuera del proceso desde su emanación²⁶. Se afirma, por otra parte, para establecer la inmediata eficacia declarativa (y constitutiva) sobre el art. 282º del c.p.c., según el cual la sentencia de primer grado es provisoriamente ejecutiva²⁷.

Esta última norma, sin embargo, es la expresión de otro principio, es decir, de aquel para el que, en algunos casos, el legislador considera suficiente la reglamentación provisoria que sigue al sólo pronunciamiento de la sentencia para comenzar un proceso ejecutivo, a fin de acelerar el cumplimiento del reclamo de la parte que tiene razón, evitando que la impugnación de la decisión por parte del deudor y la duración del juicio relativo retrase aún más su cumplimiento. El art. 282º del c.p.c., sin embargo, no está para expresar que el efecto de la evaluación que caracteriza la sentencia (de condena o constitutiva) se produce externamente antes de su pasaje a cosa juzgada²⁸.

Si esto es cierto, entonces, en ausencia de un apoyo válido en nuestro Código que haga posible argumentar la aparición inmediata de los efectos constitutivos de la sentencia antes de su pase a cosa juzgada, y a menos que se quiera continuar con la brillante idea de Liebman, que también se presta, sin embargo, a la objeción de carecer de una base jurídica adecuada, es difícilmente sostenible que la modificación jurídica que se produce por la sentencia constitutiva, pueda efectuarse provisoriamente y anticipadamente antes de la aprobación a cosa juzgada de la relativa decisión.

Desde una perspectiva diferente, hablar de provisoria ejecución de las sentencias constitutivas, conlleva a preguntarse si son provisoriamente ejecutables todas aquellas resoluciones, especialmente condenatorias dirigidas a proveer una tutela basada en el reconocimiento de una pretensión sustancial²⁹ que puede acompañarse con el pronunciamiento constitutivo, en los casos en los cuales la misma no agota sus efectos en el modo jurídico. Estas resoluciones tienen naturaleza accesorio con respecto al pronunciamiento constitutivo y presuponen necesariamente una evaluación contenida en la misma, pero difieren en el contenido de ésta³⁰.

La Sala Plena de la Corte de Casación de la conocida y ya citada sentencia del 22 de febrero de 2010, n.º 4059, ha resuelto el problema en sentido afirmativo recomendando de vez en cuando, de comprobar la relación existente entre el pronunciamiento constitutivo y el dispositivo accesorio

25 Para profundizar ver siempre TRINCHI, A (2014). *Op. cit.*, p. 709ss.

26 Esto es particularmente evidente en las decisiones de la casación que han seguido el pronunciamiento conocido de las secciones unidas en las que viene generalizado quizás el principio por el cual la sentencia tiene una eficacia inmediata y generalizada fuera del proceso en el que se pronunció. Véase en este sentido: Cass., sez. un., 30 novembre 2012, n.º 21348; Cass. 14 novembre 2012, n.º 19938; Cass. 9 gennaio 2013, n.º 375; Cass. 24 maggio 2013, n.º 13035.

27 Así también: MENCHINI, S (2013). *Op. cit.*, p. 697.

28 La misma Casación, además, ha afirmado recientemente que los efectos de condena y ejecutivos están vinculados a la sentencia de primer grado, mientras que los declarativos se hacen sólo después de la aprobación final de la medida. Ver para todo Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n.º 4059.

29 Por esta razón se prescinde por completo de las resoluciones de condena a pagar los costos de los litigios que puedan referirse a un pronunciamiento constitutivo para el cual que durante mucho tiempo la jurisprudencia y la doctrina reconocen la ejecutoriedad provisoria. Ver Cass. 10 novembre 2004, n.º 21367, Cass. 3 agosto 2005 n.º 16262 así como la Corte Constitucional 16 julio 2004, n.º 232. En doctrina: CONSOLO, C (2000). *Op. cit.*, p. 1599; PETRILLO, C (2005). "Da un apprezzabile premessa (l'esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese in primo grado", *Corriere Giur.*, p. 1233ss.; CORDOPARTI, F (1990). "Spese giudiziali", *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, p. 334.

30 En términos similares, FERRI, C (1993). "In tema di esecutorietà della sentenza e inhibitoria", *Riv. Dir. Proc.*, p. 560.

con contenido condenatorio. Esta solución, sin embargo, como se mencionó anteriormente, tiene por la misma admisión de los jueces, un alcance limitado a los supuestos previstos en el art. 2932° del c.c. por lo que su extensión a otros casos debe ser cuidadosamente verificado.

Consideremos, por ejemplo, el caso de la acción de Resolución del contrato acompañado de la condena del *accipiens*, a la restitución del servicio recibido.

Las dos *fattispecie*, como es evidente, no son en absoluto comparables, debido a la sentencia ex art. 2932° del c.c. que toma el lugar de la voluntad faltante del contrayente incumplidor, en el sentido de que el juez puede pronunciar, a solicitud del sujeto interesado, si eso es posible, y no se excluye del título, una sentencia que produzca los efectos del contrato inconcluso. Por otra parte, cuando el contrato incumplido tenga por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa específica o la creación o transferencia de otro derecho, el juez podrá pronunciar la sentencia con la condición de que el comprador promisorio realice su actuación o haga una oferta de conformidad con la ley. El efecto constitutivo se producirá, por tanto, sólo en el momento en el que sea realizada la prestación correspondiente³¹. En este caso, la sentencia ex art. 2932° del c.c., además de pronunciarse sobre la transferencia del bien, podrá contener la condena de la otra parte en la ejecución de la contraprestación.

Estando las dos partes de la decisión en relación sinalagmática, la Sala Plena ha afirmado que no podrán anticiparse los efectos ejecutivos del dispositivo condenatorio, siempre que no llegue a ser irrefutable el dispositivo constitutivo, alterándose de otra manera, la relación sinalagmática contractual³². El derecho de crédito del vendedor promisorio no es, de hecho, meramente dependiente de la evaluación contenida en la sentencia constitutiva, pero surgirá sólo en el momento de producirse el efecto constitutivo, estando en relación bilateral con el derecho (para la transferencia del bien) que vendrá a ser con el pronunciamiento constitutivo³³.

El problema se plantea de forma diferente, para la acción de resolución del contrato previsto en el art. 1453° c.c.

- 31 Sobre la problemática ver FERRI, C (2007). *Op. cit.* p. 1394ss. También PILLONI, M (2012). *Op. cit.* p. 76, que es precisamente la causa del contrato de compra-venta para evitar que el efecto obligatorio pueda realizarse independientemente de aquel real.
- 32 Observa RECCHIONI, S (1999). *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, p. 211ss., que los beneficios que se derivan del mismo contrato de reciprocidad deben ser considerados en relación con el título constitutivo común, perfectamente paralelos, aunque estrechamente relacionados entre sí en virtud de reciprocidad pero no ya dependientes. El nexo de reciprocidad que surge entre las contraprestaciones es tal que las mismas están condicionados en su existencia y, en un plano estrictamente procesal, la decisión de la existencia de una prestación condiona la decisión sobre la contraprestación.
- 33 Es el intenso vínculo de reciprocidad que hace indispensable a los fines de la decisión sobre una de las prestaciones contractuales correspectivas, la existencia de la contraprestación correspondiente. El juez, por lo tanto, en la decisión debe verificar el correcto funcionamiento de la reciprocidad y anticipar, por lo tanto, la solución a la pregunta sobre la existencia de la contraprestación. Esto es porque, como se mencionó, deben existir las dos prestaciones y realizarse simultáneamente resolviéndose así la causa del contrato. Esto explica, entonces, cómo no será posible anticipar los efectos de un dispositivo de la decisión en la relación bilateral de otro modo alterando irremediablemente la causa del contrato. El derecho a la ejecución coactiva de la obligación que se genera, por ejemplo, del contrato preliminar de compra-venta sin cumplirse surge cuando quien tiene derecho exija o prometa realizar en la forma acordada su contraprestación. Los derechos recíprocos vienen a existir en el momento en el que la decisión es inmutable, pero eso no excluye que se puedan producir de forma provisional, al menos en teoría, los efectos de la evaluación respecto, sin embargo, al nexo de reciprocidad, siempre que el promitente comprador ofrezca, al mismo tiempo, la solicitud de transferencia de la propiedad a su contraprestación. El problema que se plantea en este caso, es otro y es que no se puede proceder a la ejecución coactiva de la obligación (por ejemplo, mediante la transcripción del título de compra), hasta que la sentencia no sea cosa juzgada.

En la acción de resolución, de hecho, el juez, reconocida la existencia de las condiciones para la terminación del contrato, enmendará la única realidad jurídica quitando del medio el contrato y, al hacerlo, socava el título que justificaría las prestaciones efectuadas por las partes, que por lo tanto, serán tenidas para su restitución.

El juez no está autorizado, sin embargo, para pronunciarse sobre cualquier solicitud de restitución, que no está ni siquiera en relación sinalagmática con la solicitud principal de la resolución³⁴. El dispositivo de la decisión, que contiene la condena de restitución, presupone una solicitud específica que se acumula en una forma consecutiva con la resolución.

El dispositivo condenatorio tiene naturaleza dependiente pero la dependencia no se plantea con el pronunciamiento constitutivo, o mejor, con el efecto constitutivo que se genera de él sino, más simplemente, con la evaluación declarativa realizada en dicha sentencia³⁵.

Con esto no se pretende negar el fundamento constitutivo de la sentencia de resolución, pero se quiere decir que la anticipación del dispositivo condenatorio dependiente, a diferencia de, por ejemplo, lo que ocurre con los dispositivos accesorios de la sentencia establecido en el art. 2932º c.c., se plantea la cuestión de la anticipación de los efectos constitutivos que siguen a la sentencia³⁶ y, de hecho ignora este problema³⁷. Y esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que la condena de restitución requiere, como se ha mencionado, una autónoma solicitud de la parte.

La posibilidad de anticipar los efectos constitutivos de una decisión antes de su pasaje a cosa juzgada, puede ser argumentada por la prerrogativa reconocida tanto por la doctrina³⁸ como por la

34 Véase, en este sentido, Casación 30 enero de 2013, nº. 2204, según la cual la declaración de resolución del contrato, a pesar de que implica su efecto retroactivo ex art. 1458 c.c., la obligación de cada una de las partes para restituir el servicio recibido, no autoriza al juzgado a emitir órdenes para correspondiente restitución, en ausencia de solicitud de la parte interesada. Ver Cass. 2 febbraio 2009, nº. 2562; Cass. 3 febbraio 2006, nº. 2439; Cass. 20 ottobre 2005, nº. 20257.

35 Observa CONSOLO, C (1985). *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, p. 291, como el pronunciamiento de la evaluación constitutiva también produce sus efectos al momento de la aprobación final, inmediatamente ejerce efectos endo-procesales "contra el juez que la emitió y en el ámbito del proceso en el que se tomó la decisión" así que es muy posible que el juez se pronuncie sobre la solicitud dependiente de condena, incluso si no ha "todavía perfeccionado la modificación jurídico-sustancial por la cual esa acción toma la vida". Sobre el tema ver también CONSOLO, C (1991), in: CONSOLO, C; LUISO, FP & SASSANI, B (1991). *La riforma del processo civile, Commentario*, Milano, p. 191; ID., "Commento all'art. 282 c.p.c.", in: *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, I, Milano, 2010, 2795; RECCHIONI, S (1999). *Op. cit.*, p. 324, nota 85.

36 Observa FERRI, C (1993). *Op. cit.*, p. 560, que es muy dudoso que pueda ser acordado por la aparición inmediata de los efectos de una condena, que sean dependientes de resoluciones, o en conexión con las mismas, si no se producen los efectos constitutivos inmediatamente después de la emisión del pronunciamiento de primer grado.

37 Hay que decir, sin embargo, que no es un obstáculo para la anticipación de los efectos que siguen a la sentencia de resolución del contrato el postulado adoptado en contra del reconocimiento de la provisorio ejecutividad de las sentencias constitutivas mediante el cual los efectos de estas sentencias siempre se producen *ex nunc*. El art. 1458º del c.c., de hecho, prevé que la resolución del contrato tendrá efecto retroactivo entre las partes, excepto en el caso de los contratos de ejecución continuada y periódica. Sobre el tema ver también IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 52 ss.

38 Ver en tal sentido: PROTO-PISANI, A (1982). *I provvedimenti d'urgenza*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, p. 387; CONTE, R (1998). "La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)", *Riv. Dir. Proc.*, p. 219; ID., *Commento all'art. 700 c.p.c.*, in: *Comm. C.P.C. diretto da Consolo, III*, Milano, 2013, p. 757 ss.; ID., *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, *Giur. It.*, 2004, p. 83; VULLO, E (2006). *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in: *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari a cura di Chiarloni, Consolo, Torino*, p. 327 ss; PAGNI, I (2007). "Provvedimenti d'urgenza", in: *Enc. Giur. Sole 24 ore*, Bergamo, p. 490 ss.

jurisprudencia³⁹, al recurrir a la tutela cautelar innominada en el caso de procesos destinados a dar lugar a una sentencia constitutiva, para los cuales el surgimiento de situaciones sustanciales de la sentencia, arroja luz mayormente sobre el perjuicio que el actor, que se supone victorioso, puede experimentar debido a la duración del proceso⁴⁰ y para los cuales la necesidad de una tutela urgente implica no tanto la anticipación del efecto constitutivo, sino más bien sólo o principalmente la anticipación de la satisfacción de las obligaciones consecuenciales resultantes y, con mayor razón, en el caso en el que el dispositivo condenatorio está en relación puramente dependiente de aquel constitutivo y no ya en relación sinalagmática⁴¹.

Si se admite, de hecho, esta última posibilidad no existe ninguna razón para excluir, en lo que nos interesa, la provisoria ejecución de los dispositivos condenatorios accesorios en un pronunciamiento constitutivo en el caso en el cual los efectos condenatorios que se producen anticipadamente no sean condicionantes al producirse, el efecto constitutivo al que está vinculado solo por un vínculo sinalagmático.

A esto hay que añadirse, a continuación, como una prueba más de la posibilidad de anticipar los efectos constitutivos de la decisión, que la propia ley contempla previsiblemente medidas jurisdiccionales que no son susceptibles de asumir autoridad de cosa juzgada material que producen efectos jurídicos innovadores sobre el plano sustancial⁴². Se dan entonces los casos en los que la producción de un efecto jurídico sustancial ocurre en ausencia de la evaluación con eficacia de cosa juzgada de las condiciones a las que está sujeta, ya que hay no una relación entre el efecto de la evaluación y el efecto constitutivo de la sentencia.

Es el caso de las decisiones emitidas en cámara de Consejo que no tienen naturaleza de cosa juzgada formal y sustancial, que incluyen, como ejemplo, las sentencias que declaran la interdicción o inhabilitación (art. 421° c.c.), así como el pronunciamiento declarativo de quiebra (art. 16°, 2° párrafo, l.f.)⁴³.

Estas medidas producen el efecto constitutivo inmediatamente y, por lo que más nos interesa, su existencia es demostrar la independencia de la modificación jurídica con respecto a la producción de los efectos de la evaluación al momento del pasaje a cosa juzgada de la decisión.

Las breves observaciones anteriores muestran de sobra cómo el problema de la anticipación de los efectos constitutivos de la sentencia antes de su aprobación final está lejos de una solución totalmente compartida.

La solución definitiva del problema pasa necesariamente por una aclaración legislativa del alcance del precepto enunciado en el art. 282° del c.p.c., y extensivo del régimen previsto en él, asimismo en las sentencias constitutivas, al menos en los casos donde existe el problema de su ejecución

39 Ver Trib. Firenze, 10 dicembre 1996, in: *Foro It.* 1997, I, p. 578; Pret. Roma, 3 febbraio 1986, in: *Giur. di Merito*, 1987, p. 602; Trib. Ancona, 28 settembre 2002. V. inoltre Trib. Como, 30 giugno 2005, que admite la posibilidad de recurrir a la tutela de urgencia con el fin de obtener un pronunciamiento de mérito constitutivo del derecho de paso.

40 Así ANDRIOLI, V (1964). *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, p. 260.

41 En este último caso viene a ser más difícil admitir la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar de urgencia porque como se ha dicho, el sujeto es titular de una mera expectativa difícilmente tutelable, salvo en los casos previstos en la ley (por ejemplo art. 1359° c.c.).

42 Ver CARPI, F (1979). *Op. cit.* p. 74.

43 Ver MOTTO, A (2012). *Op. cit.* p. 292 ss., nota 201; CHIZZINI, A (1994). *Op. cit.*, p. 232.

material⁴⁴. Tampoco parece ser un obstáculo para la expansión de la cuestión, los efectos de la reforma de la Casación o sobre el ordenamiento sustancial inciso por la sentencia provisoriamente ejecutiva, teniendo en cuenta que el problema se coloca en términos análogos para las sentencias de contenido condenatorio.

44 Hay que decir que el 29 de agosto de 2014, el gobierno presentó un proyecto de ley que autoriza al gobierno para la adopción de disposiciones para la eficiencia del proceso civil en el que se prevé el art. 1º, párrafo 2º, n.º. 1, sub 1. c, con referencia a la sentencia de primer grado la inmediata provisorio eficacia, sin tener en cuenta lo juzgado, de todas las sentencias de primer y segundo grado. El anteproyecto del texto está disponible en la página web: <http://ssa-cnf.mncertified.com/nl/l.jsp?f-CX1.IBF.T8.Ev.IPVZ>.



Jorge DÁVILA. *Bolívar y Spinoza. Reflejos doctrinarios*. FUNDECEN, Mérida, 2014, 140pp.

Pausides REYES. FUNDECEN, Venezuela.

Con motivo de la conmemoración del Bicentenario de la Campaña Admirable la *Fundación para el Desarrollo Cultural del Estado Mérida* (FUNDECEN) convocó un concurso de ensayo sobre la vigencia del pensamiento del Libertador Simón Bolívar. Digamos, de entrada, que esta iniciativa forma parte del esfuerzo de programación que ha diseñado el gobierno regional bajo la conducción del compañero Alexis Ramírez, dirigida a trascender los tradicionales actos protocolares celebratorios. Se trata en definitiva, de un esfuerzo que busca ampliar el horizonte que reduce el hecho cultural al evento como espectáculo para abrirle camino a la necesaria producción teórica estimulada desde las trincheras del debate creador. Creemos que después de la muerte de Bolívar, en diciembre de 1830, comienza a gestarse en el país un culto al héroe orientado al endiosamiento del hombre de las dificultades para petrificarlo en estatuas y castrar su pensamiento eternamente vivo de justicia, libertad e igualdad. Quizás nos enseñaron en las primeras lecturas herejes que Guzmán Blanco fue el campeón abanderado del uso y abuso de Bolívar con propósitos politiqueros; sin embargo, es evidente, a la luz de la emergencia de herejías más irreverentes, que aquel gobernador no fue el único y exclusivo sepulturero. En la aparente ignorancia de esta postura se esconde una intención mejor elaborada: legitimar las ceremonias envilecedoras de los enterradores posteriores. Para decirlo con palabras de Mario Briceño Yragorry: "Se rinde culto a los hombres que forjaron la nacionalidad independiente, pero un culto que se da la mano con lo sentimental más que por lo reflexivo. Nuestra misma devoción oficial por el Libertador podría decirse que fuera una prolongación de las fiestas de San Simón, preparadas para agasajar en vida no sólo al héroe magnífico de la Libertad, pero también al poderoso dispensador de favores o una repetición sin sentido de los funerales de 1831" (Briceño Yragorry, Mario. *Mensaje sin Destino*).

Convertir la liturgia en reflexión para la acción creadora no es tarea fácil. Los siglos de dominación transcurridos no han pasado en vano. No olvi-

demo que nacimos como República preguntándonos por el "quién" y desde las profundidades del corazón esclavo del conservadurismo emergió el Monarca. Los mantuanos necesitaban un amo y apenas pudieron atreverse a la creación de una Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII. Por aquel entonces un joven, también de origen mantuano, de apenas 27 años de edad, pero con espíritu de futuro, se atrevía a desafiar desde la tribuna de la Sociedad Patriótica el lugar común donde convergía la servidumbre voluntaria. ¿Cómo se explica que aquel hombre, dueño de haciendas y fortuna se desmarcara de la clase social a la que pertenecía? Intentemos una aproximación preliminar apelando a Mariátegui: "Pero el hombre, como la filosofía lo define, es un animal metafísico. No se vive fecundamente sin una concepción metafísica de la vida. El mito mueve al hombre en la historia. Sin un mito, la existencia del hombre no tiene ningún sentido histórico. La historia la hacen los hombres poseídos e iluminados por una creencia superior, por una esperanza súper humana" (Mariátegui, José Carlos. *El alma matinal y otras estaciones del hombre de hoy*, p. 24).

La historiografía patria da cuenta del esmero que han puesto extraordinarios profesionales de la disciplina histórica por describir, con lujo de detalles, los acontecimientos de la lucha por la independencia, poniendo especial énfasis en los hechos de carácter bélico. Quizás sea por eso que en el imaginario colectivo de nuestros pueblos resulte más familiar asimilar aquel proceso a la categoría de Guerra de Independencia que a cualquier otra menos terrenal. Sin embargo, si nos atreviéramos a darle cabida al planteamiento de Mariátegui y asumiéramos que el hombre es un animal metafísico, estaríamos entrando entonces en el campo de la filosofía y ya sabemos que la especulación tiene muy pocos amigos en la ciencia dura.

El jurado calificador ha considerado que esta obra, *Bolívar y Spinoza. Reflejos doctrinarios*, tiene los méritos suficientes para ser honrada como ganadora. Se inscribe en el terreno de esa búsqueda que intenta encontrar las coordenadas profundas de un accionar político. El profesor Jorge Dávila, su autor, partiendo de lo que ha problematizado como "hipótesis O'Leary" nos acompaña en una vi-

sita guiada por las encrucijadas de la doctrina filosófica de Baruch Spinoza con el pensamiento de político de Simón Bolívar. ¿Quién es Baruch Spinoza? De él sabemos que nació en 1632 en el seno de una comunidad judía de Amsterdam. Holanda, a la cabeza de las Provincias Unidas, representa para esta época la región de Europa donde es posible respirar aires de mayor tolerancia religiosa. De allí que los judíos veían en ella un lugar destino que les brinda mayor seguridad. Es en ese ambiente donde Spinoza le va a dar rienda suelta a las elucubraciones filosóficas que terminarán enfrentándolo a su propia comunidad judía. Adorar a Dios, según el dogma, es justo y digno de bendiciones, pero poner en duda la idea consagrada de Dios mediante especulaciones filosóficas es motivo de maldiciones. Spinoza convierte al Dios consagrado por el libro de la Ley en una Sustancia que es en sí, se concibe en sí y consta de infinitos atributos. Cuando lo expulsaron de la comunidad recurrieron a la conocida fórmula del Herem:

“Excomulgamos, maldecimos y separamos a Baruch Spinoza, con el consentimiento de Dios bendito y con el de toda la comunidad; delante de estos libros de la Ley, que contienen trescientos trece preceptos; la excomunión que Josué lanzó sobre Jérico, la maldición que Elías profirió contra los niños y todas las maldiciones escritas en el libro de la Ley;

que sea maldito de día, y maldito de noche; maldito cuando se acueste y cuando se levante; maldito cuando salga y cuando entre; que Dios no lo perdone; que su cólera y su furor se inflamen contra este hombre y traigan sobre él todas las maldiciones escritas en el libro de la Ley, que Dios borre su nombre del cielo y lo separe de todas las tribus de Israel, etc”. (Peña, Vidal: “Introducción, Traducción y notas”, en: *Ética de Baruch Spinoza*. Editora Nacional, 1980, Madrid, p. 8).

La perspectiva filosófica spinozista está orientada a demoler todo el edificio de la tradición iusnaturalista sostenida sobre el fundamento de la trascendencia de Dios, la naturaleza y la razón. Para él la eternidad no es otra cosa que la identidad de la existencia, la esencia y la potencia substanciales. Por esta ruta ni Dios es la imagen trascendente quitando y poniendo monarcas, ni el hombre el depositario de una voluntad libre orientada por la razón. El Dios de Spinoza es algo así como el poder de la naturaleza entera, el enlace necesario de causas y efectos producidos por la potencia immanente de la sustancia. De los vínculos de las ideas de este hombre con las de Bolívar nos hablará mejor el profesor Jorge Dávila en este libro que FUNDECEN edita como parte de la premiación del concurso.